



UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
DE PRISÃO: O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

TESIS DOCTORAL

Ruben Rockenbach Manente

Sevilla, España

Octubre de 2016

TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE PRISÃO: O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Ruben Rockenbach Manente

Tesis Doctoral presentada en el programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas,
como requisito para la obtención del **Título de Doctor en Ciencias jurídicas y Políticas**

Director: Vicente Barragán Robles

Codirector: Jefferson Aparecido Dias

Sevilla, España

Octubre de 2016

Universidad Pablo de Olavide
Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas

La Comisión Examinadora, abajo firmante, aprueba la Tesis Doctoral

TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
DE PRISÃO: O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Elaborada por

Ruben Rockenbach Manente

Como requisito parcial para la obtención del Título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas

COMISIÓN EXAMINADORA

Prof(a). Dr(a).....
(Presidente – nombre de la institución de vínculo)

Prof(a). Dr(a).....
(nombre de la institución de vínculo)

Prof(a). Dr(a).....
(nombre de la institución de vínculo)

Sevilla, España
Octubre de 2016

Ao pai, ao avô e ao maestro

Gordo, Nica e Joaquín

AGRADECIMENTO

A minha família, por me acompanhar nesta jornada e, sobretudo, por permanecer sempre ao meu lado dividindo as angústias e as paixões experimentadas no cotidiano.

Aos professores Doutores Vicente Barragán Robles e Jefferson Aparecido Dias que, como diretores da tese, acompanharam toda a trajetória da elaboração do presente trabalho e contribuíram fundamentalmente na construção das ideias e conclusões aqui desenvolvidas.

A professora Doutora Carol(ine) Proner, por seu extremo compromisso com o programa “deixado” por Joaquín Herrera Flores e por ter me acolhido “de volta” a UPO.

A meus amigos e amigas, do Brasil e da Espanha, que estão, de certa forma, representados nas entrelinhas de todo o texto.

A Faculdade CESUSC, de Florianópolis-SC, na pessoa incansável de Prudente José Silveira Mello, por me acolher com carinho e permitir utilizar a academia como espaço de luta.

“Suponho que nada seja ‘dado’ como real, exceto nosso mundo de desejos e paixões, e que não possamos descer ou subir a nenhuma outra ‘realidade’, exceto à realidade de nossos impulsos, pois pensar é apenas a relação desses impulsos entre si”

Friedrich Nietzsche, Além do bem e do mal.

RESUMO

A presente tese doutoral objetiva analisar, a partir da perspectiva proposta pelo pensamento crítico, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* número 126.292 que, modificando entendimento jurisprudencial anterior da própria Corte, permitiu a possibilidade do início da execução provisória da pena de prisão após a confirmação da decisão condenatória em segundo grau de jurisdição. Para tal análise, o trabalho inicia identificando as tensões dialéticas que informam a modernidade e os paradoxos que subjazem à forma ocidental de entender os direitos humanos como universalismo abstrato, para que sejam estabelecidas as bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos. Após, rompendo com a concepção hegemônica dos direitos, é apresentada uma nova perspectiva de instrumentalizar a luta pela dignidade humana enquanto componente universal, por meio da adoção de uma teoria crítica que entende os direitos humanos como processos de luta e consolidação dos espaços da dignidade humana, para que se possa alcançar o universalismo de chegada em prol de melhores distribuições das riquezas e da eliminação das múltiplas exclusões nas quais vive uma imensidade de seres humanos. Sedimentado o marco teórico que orienta nossa ação, partimos para a análise dos discursos legitimadores do castigo entendidos como alicerce teórico oficial dos centros de sentido da pena criminal e que serviram de base para o Supremo Tribunal Federal, enquanto agência judicial do sistema penal, justificar a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Passamos, ainda, a revisar a historicidade da utilização da pena de prisão enquanto instrumento de controle do desvio como resposta às exigências do mercado de trabalho na sociedade capitalista com a finalidade primordial de controlar as massas marginalizadas. Ao final, sob a rubrica das pautas e das funções de uma teoria crítica e compromissada dos direitos humanos, apresentamos vias de ações capazes de colocar em marcha processos culturais, do ponto de vista das classes subalternas, como garantia de uma práxis teórica e política criminal alternativa como prática social.

Palavras-chave: Teoria crítica dos direitos humanos. Execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Controle do desvio. Política criminal alternativa.

RESUMEN

La presente tesis doctoral objetiva analizar, desde la perspectiva propuesta por el pensamiento crítico, la decisión del Supremo Tribunal Federal en el *habeas corpus* número 126.292 que, modificando el entendimiento jurisprudencial anterior de la Corte, permitió la posibilidad del inicio de la ejecución provisional de la prisión después de la confirmación de la condenación en el segundo grado de jurisdicción. Para tal análisis, el trabajo comienza por identificar las tensiones dialécticas que informan la modernidad y las paradojas que subyacen a la forma occidental de entender los derechos humanos como universalismo abstracto, para que se pueda establecer las bases para la reconstrucción de una teoría crítica de los derechos humanos. Después, rompiendo con la concepción hegemónica de derechos, es presentada una nueva perspectiva de instrumentalizar la lucha por la dignidad humana como un componente universal, a través de la adopción de una teoría crítica que entiende los derechos humanos como procesos de lucha y consolidación de los espacios de la dignidad humana, para que se pueda alcanzar al universalismo de la llegada hacia una mejor distribución de la riqueza y la eliminación de las múltiples exclusiones en la que vive una multitud de seres humanos. Sedimentado el marco teórico que guía nuestra acción, nos propusimos analizar los discursos legitimadores del castigo, entendidos como fundamento teórico oficial de los centros de sentido de la sanción penal y que fueran la base para el Supremo Tribunal Federal, mientras agencia judicial del sistema penal, justificar la ejecución de la pena privativa de libertad antes de la cosa juzgada de la sentencia penal. Pasamos, aún, a revisar la historicidad de la utilización de la prisión como un instrumento de control de la desviación como respuesta a las demandas del mercado de trabajo en la sociedad capitalista con el propósito principal de controlar a las masas marginadas. Al final, en los términos de las pautas y las funciones de una teoría crítica y comprometida de los derechos humanos, presentamos vías de acciones capaces de poner en marcha procesos culturales, desde el punto de vista de las clases subalternas, como garantía de una praxis teórica y política criminal alternativa como práctica social.

Palabras-clave: Teoría crítica dos los derechos humanos. Ejecución provisoria de la pena. Supremo Tribunal Federal. Control del desvío. Política criminal alternativa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LGTBI	Lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais
ONU	Organização das Nações Unidas
PEN	Partido Ecológico Nacional
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
UPO	Universidad Pablo de Olavide

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1 – Bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos desde a perspectiva das lutas sociais.....	26
1.1 Primeiras palavras: entre paradoxos e contradições	26
1.2 1º paradoxo: a universalidade abstrata dos direitos humanos (a falácia naturalista) ...	30
1.3 1º contradição: universalismo de ocasião (a seletividade dos direitos humanos).....	33
1.3 2º paradoxo: os direitos humanos como produtos ideológicos (a falácia globalizante).	42
1.4 2º contradição: universalismo de chegada (cosmopolitismo insurgente).	53
1.5 3º paradoxo: do lugar comum (da essência dos direitos humanos)	59
1.6 3º contradição: os direitos humanos como convenções humanas.	63
1.7 Palavras finais: os direitos humanos como produtos culturais	67
CAPÍTULO 2 – Teoria crítica dos direitos humanos: das lutas aos direitos	68
2.1 Primeiras palavras: interregno e desorientação.....	68
2.2 Consciência crítica para enfrentar a crise.....	76
2.3 Teoria crítica como compromisso ético.....	84
2.4 Teoria crítica dos direitos humanos: racionalidade de resistência	95
2.5 Diamante ético: marco pedagógico para o ensino e a prática dos direitos humanos .	105
2.6 Palavras finais: das lutas aos direitos	110

CAPÍTULO 3 – Os centros de sentidos do castigo e o discurso do Supremo Tribunal Federal brasileiro	111
3.1 Narrações: centros de sentido para o castigo	111
3.1.1 Punir é recordar a lei: a pena como retribuição da culpabilidade	117
3.1.2 Punir é defender a lei: a pena como prevenção geral.....	123
3.1.3 Punir é educar um indivíduo: a pena como prevenção especial.....	128
3.1.4 Teorias ecléticas do castigo: a pena com a tríplice função	132
3.1.5 Ideologia normativa da finalidade da pena na lei penal brasileira.....	136
3.2 Instituições: o Supremo Tribunal Federal e seu discurso manifesto.....	137
3.2.1 Da oscilação da jurisprudência do STF sobre a matéria	139
3.2.2 Julgamento do HC n.º 126.292: possibilidade de execução provisória.....	142
3.2.3 Argumentos do STF para permitir a execução provisória	148
3.2.3.1 Fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau	148
3.2.3.2 Fundamentos pragmáticos para o novo entendimento.....	158
3.3 Palavras finais: visibilizar os fins latentes	161
CAPÍTULO 4 – O cárcere como fiel escudeiro do capitalismo: hoje e sempre	162
4.1 Historicidade: o controle do desvio como resposta as exigências do mercado de trabalho na sociedade capitalista.....	162
4.1.1 Todo fenômeno tem suas causas: prisão e controle social	166
4.1.2 Todo fenômeno social tem sua evolução temporal: cárcere e fábrica	172
4.1.3 Todo fenômeno possui caráter dinâmico: desenvolvimento da instituição carcerária moderna.....	188

4.1.4 Todo fenômeno social é volátil: culturalmente falando, não há entidades estáticas, a não ser processos e tendências	197
4.2 Posições: lugar ocupado pelas pessoas encarceradas no Brasil.....	200
4.3 Depen: contexto atual da situação carcerária	201
4.3.1 Dados gerais sobre pessoas privadas de liberdade no Brasil	203
4.3.2 Perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil	206
4.4 Bipolaridade do STF: estado de coisas inconstitucional	209
4.5 Palavras finais: máquina da desigualdade	218
CAPÍTULO 5 – Do reconhecimento do <i>homo sacer</i> criminal e a busca de uma política alternativa pautada na riqueza humana.....	219
5.1 Cinco pautas para uma prática crítica dos Direitos Humanos.....	219
5.2 Funções de uma teoria crítica dos direitos humanos.....	224
5.3 Visibilizar: do homo juridicus ao homo sacer	233
5.4 Desestabilizar: “biopolítica” para levar a cabo uma teoria crítica dos direitos humanos frente ao nó de ambiguidade da subjetividade.....	244
5.5 Transformar: a riqueza humana como ferramenta das classes subalternas em busca de uma práxis teórica e política alternativa	255
5.6 Palavras finais: máquina da desigualdade	263
CONCLUSÃO.....	265
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E ELETRÔNICAS.....	276

INTRODUÇÃO

A presente tese doutoral é resultado da pesquisa desenvolvida no marco do programa oficial de Doutorado em *Ciências Jurídicas e Políticas* (RD 99/2011), curso 2015-2016, da Universidad Pablo de Olavide (UPO), Sevilha-Espanha, sob a linha de investigação em “direito penal e política criminal” e com Direção de tese da Professora Doutora Silvia Mendoza Calderón. Trata-se, em verdade, da continuação dos estudos realizados pelo doutorando no Máster Oficial em *Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo*, edição 2007/2008, promovido pela própria UPO e coordenado, à época, por Joaquín Herrera Flores.

A temática central do trabalho refere-se àquela faculdade que possui o Estado para punir quem comete um crime. É o chamado poder punitivo, um modelo que representa uma decisão vertical de poder que não está disposta a solucionar os conflitos, ou seja, que não se propõe a evitar, reduzir, reparar ou restituir o dano provocado por alguém. Ao contrário, como regra, simplesmente determina o encarceramento do agressor por um determinado tempo e exclui a vítima da esfera decisória, afinal a titularidade do modelo punitivo é atribuída ao próprio soberano, não conferindo protagonismo ao lesado.

A grande “trampa” promovida pelo modelo punitivo é justamente ocultar aquilo que mais lhe interessa: o exercício da vigilância e do controle sobre todos nós. Apesar de seus discursos legitimadores (manifestos) afirmarem que a punição é a única saída para combater a emergência e o inimigo (enquanto ameaças que põem perigo a humanidade), o fato é que a própria narrativa serve como justificação para criar um estado de paranoia coletiva que autoriza o exercício ilimitado e desenfreado do poder punitivo (fim latente).

Basta ver que todas as promessas de proteger a sociedade contra o inimigo e seus crimes não foram cumpridas pela coação estatal, ao contrário, serviram de base para o aumento da restrição de liberdade, dos sujeitos criminalizados ou não, e do aprofundamento da verticalização social (veja-se o exemplo das consequências da guerra às drogas e ao terror).

No entanto, apesar do incumprimento de todo o prometido, o poder punitivo segue existindo e cada vez mais se fortalece enquanto instrumento de regulação dos conflitos existentes no tecido social. O modelo punitivo não precisa “nos livrar do mal e dos pecadores” para acreditarmos em sua existência, ele existe porque nos dá esperança, porque com ele tudo fica mais fácil de resolver. Em sua eterna jornada pelo “grande sertão”¹ Riobaldo já sabia dessas armadilhas do discurso ao tentar explicar a diferença entre Deus e o demônio para seu interlocutor, o forasteiro. Em um dos seus diálogos, o sertanista² divaga: “como não ter Deus?! Com Deus existindo, tudo dá esperança. Sempre um milagre é possível, o mundo se resolve. Mas, se não tem Deus, *há-de* a gente perdidos no *vai-vem*, e a vida é burra. Tendo Deus, é menos grave se descuidar um pouquinho, pois, no fim dá certo. O senhor não vê? O que não é Deus, é estado de demônio. Deus existe mesmo quando não há. Mas o demônio não precisa existir para haver – a gente sabe que ele não existe, aí é que ele toma conta de tudo”.³

Nas palavras de Riobaldo, o poder punitivo não precisa funcionar para existir, nós sabemos que ele não funciona, mas aí é que ele toma conta de tudo, afinal, como conclui o personagem sobre suas especulações metafísicas, “o diabo na rua, no meio do *redemunho*”.⁴

Idêntica denúncia foi realizada por William Golding em seu romance “Senhor das Moscas”. A narrativa conta a história de um grupo de estudantes ingleses, com faixa etária entre 6 e 12 anos, que sofre um acidente aéreo e vai parar em uma ilha deserta. Os dois adultos que os acompanhavam morrem em poucos dias. As crianças ficam no controle total da situação. No começo pareciam estar de férias. A ausência de adultos era um incentivo às brincadeiras. Mas, com o surgimento das necessidades de sobrevivência básica e de alguns conflitos pessoais, os meninos decidem, em uma de suas assembleias, que “a gente precisa de regras, e precisa obedecer as regras. Afinal, não somos selvagens. Somos ingleses, e os ingleses são os melhores do mundo em tudo”.⁵ Elegem um líder (Ralph) que determina a criação de uma fogueira como estratégia para o possível resgate e criam um exército,

¹ ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

² Relativo ou pertencente ao Sertão, uma das quatro sub-regiões da região nordeste do Brasil.

³ Idem, p. 76.

⁴ Idem, p. 27.

⁵ GOLDING, William. *Senhor das moscas*. Tradução de Sergio Flaksman. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 46.

comandado por Jack, com a finalidade de caçar porcos. Resolvem, ainda, implantar o modelo punitivo: “quando alguém deixar de cumprir a regra: pimba! Pam! Catapum!”.⁶

Aos poucos, apesar dos estudantes terem recebido “educação exemplar”, o nível de civilização vai se esvaindo e a barbárie começa a tomar conta. A ilha é dividida em duas partes, de um lado os caçadores que acreditam que matar os porcos é mais importante do que a fumaça, e de outro, Ralph e seus seguidores, que ficam na esperança do resgate e continuam a manter a fogueira sempre acesa. O poder punitivo acaba triunfando quando dois meninos acreditam ter visto um monstro no alto da montanha, que, na verdade, era o corpo do piloto que estava pendurado pelo paraquedas na copa de uma árvore. O medo toma conta dos grupos e começa a ser determinante nas relações.

Apesar de alguns meninos não acreditarem na existência do monstro em razão da adoção de uma perspectiva científica e racional, a lógica do medo impera e a dúvida se “realmente” era um monstro ou “quem sabe” um fantasma é suficiente para que “o mundo, aquele mundo compreensível e obediente à lei, desmoronasse”⁷, pouco importando as regras, afinal, “que se danem as regras! A gente é forte – e caça! Se existir algum monstro, a gente caça também! A gente cerca, e bate, e bate, e bate!”.⁸

A existência do monstro torna-se indiferente para a funcionalidade do modelo punitivo. No final da trama, que rendeu a William Golding o Nobel da literatura, um dos meninos, de nome Simon, sobe até o topo da montanha e descobre que o bicho que espalhou o medo pela ilha era o piloto do avião, agora morto e inofensivo. A notícia precisava chegar aos demais habitantes. O menino desceu a montanha, cambaleando e aos gritos, encontrando nas areias da praia o exército de Jack dançando e entoando gritos de guerra. Simon invade o círculo dos guerreiros e, por conta do escuro e da imersão total do ritual assustador, é confundido com o próprio monstro (“É ele! É ele!”) e acabada sendo assassinado aos gritos de “mata o monstro! Corta a goela! Espalha o sangue!”.⁹ Eram selvagens, embora humanos.

⁶ Idem, p. 36.

⁷ Idem, p. 101.

⁸ Idem, p. 101.

⁹ Idem, p. 167.

O modelo punitivo, quer nos exemplos trazidos da literatura, quer nos reflexos produzidos após os ataques de 11 de setembro nos Estados Unidos¹⁰, se transforma no motor das relações humanas, substituindo as ações democráticas e políticas enquanto gestoras do tecido social por um estado permanente de polícia com nítida tendência ao absolutismo (lembre-se que no início os meninos de William Golding deliberavam em reuniões, sendo que no final da trama a violência impera e decide a vida dos membros do grupo).

Tal aparelho canalizador da vingança é instrumentalizado pelo Estado através das agências do sistema penal que se ocupam do exercício do poder punitivo, atuando de forma específica ou inespecífica sobre ele. Em nossa pesquisa, reduziremos a análise do funcionamento desse modelo estatal à justiça penal, é dizer, o aparato formado por juízes e tribunais, defensores e acusadores, que detêm o papel de controle e contenção da punição.

É que os discursos justificacionistas da punição são colocados em prática por várias agências/instituições judiciais do sistema penal, em nosso caso específico, o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) no julgamento que admitiu a execução da pena criminal antes do julgamento definitivo do réu. O caso chegou a Suprema Corte após a impetração de sucessivos *habeas corpus* em favor de indivíduo condenado pelo crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (artigo 157, §2º, incisos I e II do Código Penal), porquanto, em 28 de junho de 2003, juntamente com outra pessoa, teria subtraído da vítima, com uso de um revólver, o valor de R\$ 2.600,00.

Em primeiro grau de jurisdição (Justiça Estadual de São Paulo), o réu foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (segundo grau), que, ao julgar recurso de apelação exclusivo da defesa sobre a condenação, negou provimento e determinou a imediata execução provisória da condenação. O condenado impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (terceiro grau de revisão) que, em decisão de seu Presidente, indeferiu pedido liminar no *habeas corpus*. No Supremo Tribunal Federal (quarto grau), o *habeas corpus* recebeu o número 126.292 e ficou sob a relatoria do Ministro Teori

¹⁰ Neste sentido: ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do Real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Tradução de Paulo Cesar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

Zavascki que, em decisão monocrática deferiu o pedido liminar para suspender a prisão determinada em segundo grau, sob o fundamento de que “o Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do sentenciado (...) o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva”.¹¹ O caso foi levado ao plenário do STF.

Em síntese, a discussão junto ao Supremo Tribunal Federal está centrada na hipótese de saber se a Constituição Federal de 1988 admite ou não a prisão de condenado após a decisão em segundo grau – após condenação pelos Tribunais Estaduais ou Tribunais Regionais Federais – independentemente do trânsito em julgado da decisão, é dizer, enquanto ainda cabível o Recurso Especial (REsp) ao Superior Tribunal de Justiça (terceiro momento de revisão) e o Recurso Extraordinário (RE) ao Supremo Tribunal Federal (quarta via).

Não obstante a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal que, a partir de 2009, impedia a execução provisória da pena, em 17 de fevereiro de 2016, em sessão plenária, por 7 votos a 4, o tribunal, retomando entendimento anterior, decidiu que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio da presunção da inocência.

Assim, para a Corte Constitucional, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Veja-se que o caso que alterou o entendimento do STF é recheado de absurdos e de situações que sequer possuem uma lógica racional (o que, aliás, diga-se de passagem, é típico no discurso penal). O acusado teve sua prisão preventiva revogada no curso do processo, respondendo em liberdade e, após a sentença condenatória, o juiz sentenciante “permitiu” ao condenado, “se quisesse”, o direito de recorrer em liberdade¹². No tribunal,

¹¹ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=126292&classe=HC>, p. 01. Acesso em 13/06/2016.

¹² <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=000971592.2010.8.26.0268&cdProcesso=7GYX8PHF70000&cdForo=268&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5GRUDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=gE66W3I%2FcI2ghOM%2Fh%2FIO8o7DbARQP0ciU9v3JTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv6AoWedTNCsognFUendyqRX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX>

somente a defesa apresentou recurso. O órgão acusador (Ministério Público do Estado de São Paulo) não recorreu. O Tribunal de Justiça nega o recurso “exclusivo” da defesa e, sem qualquer fundamentação, determina que “expeça-se mandado de prisão”¹³. Tudo chega ao Supremo Tribunal Federal que, por seu Ministro Relator, em 05 de fevereiro de 2015, volta a conceder a liberdade ao recorrente porque o Tribunal de Justiça não apresentou qualquer fundamento para a determinação da prisão, “o que está em total desconformidade com a jurisprudência do STF”¹⁴. Um ano depois, em 17 de fevereiro de 2016, em plenário, o Ministro Relator Teori Zavascki muda seu entendimento e apresenta voto no sentido de permitir a execução provisória, ainda que pendente do trânsito em julgado e sem qualquer fundamentação para a segregação. Sua tese, por maioria, resta vencedora.

Aqui exsurge o problema da presente pesquisa: a decisão do Supremo Tribunal Federal que adota uma drástica medida de política criminal é emancipadora ou reguladora em relação as garantias conferidas aos indivíduos como proteção aos atos do Estado? O critério de valor adotado pela Suprema Corte favorece o desenvolvimento de capacidades por partes das pessoas e grupos vulneráveis ou debilita tal sistema protetivo?

Para responder a essas duas questões, utilizaremos como marco teórico a teoria crítica dos direitos humanos desenvolvidas por Joaquín Herrera Flores. Uma teoria que tem como sentido fundamental a ideia de que não é possível mostrar “como as coisas são” senão a partir da perspectiva de “como deveriam ser” e que – como qualquer outra – deve servir para a análise das realidades concretas e para a emancipação da multidão oprimida.

O maestro espanhol nos propõe uma teoria crítica dos direitos humanos que pretende fugir desse círculo vicioso em que nos encerra o aparente simplismo da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Para tanto, no objetivo de apresentar seu pensamento, Herrera Flores particulariza sua teoria por meio de três níveis de trabalho: “o quê”, “por quê”, e “para quê” dos direitos.

4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoXrzgMldGk5Bk3h5dJKtpDK7DuA1J%2BFqx%2BTQsqiVhbT%2FalcXPqeDWH34F4Ti9AKvFQ%3D%3D. Acesso em 13/06/2016.

¹³ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=126292&classe=HC,p.01>. Acesso em 13/06/2016.

¹⁴ Idem.

No primeiro nível, estabelece que os direitos humanos – mais que direitos propriamente ditos – são processos, é dizer, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para a vida. Isso implica na necessidade de reconhecer que os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados em nível nacional ou internacional. Os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é exterior e interior a tais normas.

Em um segundo nível, no “por quê” de todas essas lutas, ou melhor, as razões pelas quais construímos essa convenção que chamamos de direitos humanos, devemos reconhecer que começamos a lutar pelos direitos porque consideramos injustos e desiguais os processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

É que o acesso aos bens, sempre e em todo momento, insere-se num processo mais amplo que faz com que uns tenham mais facilidade para obtê-los e que a outros seja mais difícil ou, até mesmo, impossível de obter. Importante destacar que a teoria hegemônica não explica o “por quê” dos direitos humanos, justamente pelo fato de que se detém no “o quê” dos direitos. Ora, se todos já têm direitos humanos pelo simples fato de haverem nascido, isso implica na desnecessidade de lutar pelo acesso aos bens.

No terceiro nível, a teoria crítica dos direitos humanos indica que lutamos “para quê” o resultado de nossas lutas seja a dignidade humana, entendida não somente como o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “*a priori*” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação.

A proposta é, pois, um conceito de direitos humanos que se traduza mais do que o conjunto de normas formais (internacionais e nacionais) que os declarem. É dizer: os direitos humanos não se limitam aos tratados, declarações e constituições nacionais, mas, sim, resultado de lutas sociais e coletivas que buscam a construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam a subjetividade coletiva se tornar sujeito absoluto dos

processos de potência. De fato, a multidão oprimida¹⁵, com suas pretensões e respeito, deve levar a cabo lutas de caráter emancipatório para abrir espaços para um diálogo libertador.

Na tentativa de responder a problemática da presente tese doutoral, dividimos o trabalho em cinco capítulos, estruturados da seguinte forma:

No primeiro capítulo, identificaremos as bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos que seja capaz de implantar uma política progressiva e emancipatória em prol da efetivação do acesso aos bens – materiais e imateriais – indispensáveis a uma vida digna. Tal tarefa exige que sejam claramente entendidas as tensões dialéticas que informam a modernidade e os paradoxos que subjazem à forma ocidental de definir os direitos humanos como universalismo abstrato.

É que, de fato, a política de direitos humanos é atualmente um fator chave para compreender tal crise. A ideia central é desenvolver um panorama geral capaz de potencializar a matriz emancipatória da política de direitos humanos.

A luta pelos direitos humanos no mundo contemporâneo passa necessariamente por sua redefinição teórica. Por isso é urgente apontar as condições que permitem conferir aos direitos humanos, tanto na esfera global, como na legitimidade local, para fundar uma nova política progressista de direitos humanos concebidos como a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais, atuando em rede para garantir novas formas de inclusão social, ou ainda, falar da abertura de processos de luta pela dignidade.

De forma idêntica, objetivando desestabilizar a atual forma de pensar (e agir) os direitos humanos e seus paradoxos, apontaremos as respectivas contradições inerentes ao discurso tradicional e hegemônico, demonstrando que a relação entre os paradoxos e as contradições é bidirecional e estreitamente interconectada, uma vez que os primeiros remetem aos segundos no objetivo de buscar vias de saídas para eles. Uma leitura cruzada

¹⁵ A expressão é utilizada em analogia ao conceito estabelecido por Antonio Negri no sentido de que a multidão se constitui na subjetividade coletiva que busca se tornar sujeito absoluto dos processos da potência. Neste sentido: NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 422.

entre os paradoxos e as contradições que nos permita detectar os problemas teóricos e ideológicos para pensarmos novos modos de construir a luta pelos direitos humanos.

No segundo capítulo, apresentaremos uma construção alternativa ao modo de conceituar, pensar e atuar os direitos humanos. Uma nova perspectiva que seja capaz de instrumentalizar a luta pela dignidade enquanto componente universal.

Por uma nova (re)criação de valores, rompendo com a concepção contemporânea dos direitos, por meio da adoção de uma consciência crítica e emancipadora, capaz de libertar a multidão oprimida para se tornar sujeito absoluto da história. Objetivamos, pois, desestabilizar a concepção hegemônica dos direitos humanos através da adoção de uma teoria crítica que entende os direitos humanos como processos de luta e consolidação dos espaços da dignidade humana, para que se possa alcançar o universalismo de chegada (não de partida!) em prol de melhores distribuições das riquezas e da eliminação das múltiplas exclusões nas quais vive uma imensidade de seres humanos.

Uma vez adotada a mencionada perspectiva crítica e entendendo, pensando e agindo os direitos humanos como processos institucionais e sociais que possibilitam a abertura e consolidação dos espaços de luta pela dignidade humana, Joaquín Herrera Flores nos apresenta a figura do *diamante ético* como marco pedagógico para o ensino e a prática dos direitos humanos. Para a compreensão e aplicação prática da teoria crítica dos direitos humanos utilizamos o *diamante ético* como instrumento que nos permite visualizar a profundidade e amplitude da concepção complexa e relacional dos direitos humanos.

Sim, a metáfora do diamante: a pedra preciosa, de cristal transparente, que inter-relaciona e torna visível todos os seus pontos e linhas. A joia que pode ser vista em sua profundidade (e não somente seu plano estrutural) e que serve para concretizar os elementos contextuais para uma análise dos direitos humanos na modernidade. É dizer: trabalhar e pensar os direitos humanos de forma contextual.

Trata-se de uma figura ou esquema de conhecimento e ação. Em verdade, a imagem utilizada por Joaquín Herrera Flores objetiva afirmar a interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo moderno e, em específico, gerar a capacidade de compreensão de uma situação social na qual estão em jogo

formas de satisfação de determinadas necessidades humanas desde uma concepção materialista e relacional dos direitos humanos.

Em resumo: a proposta de utilização é oferecer uma figura útil para o ensino de um tema tão plural, tão híbrido e tão impuro como é o dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, estabelecer as bases que permitirão construir uma prática complexa que saiba unir os diferentes elementos que compõe o conceito.

No terceiro capítulo, utilizaremos o elemento “narrações” do *diamante ético* (semântica dos direitos humanos) em busca de uma metodologia específica que nos permita visibilizar os discursos oficiais e legitimadores da pena criminal. Apresentaremos a forma na qual a punição é apresentada e legitimada na legislação penal brasileira, para poder, na segunda parte desse capítulo, com ajuda do elemento “instituições”, visibilizar como é instrumentalizado e operacionalizado a estrutura cognitiva presente na ideologia normativa do castigo na lei penal brasileira e, em específico, analisar o inteiro teor da decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu a execução da pena criminal antes do julgamento definitivo do réu, ou seja, antes do trânsito em julgado. Apontaremos, ainda, quais foram os fundamentos jurídicos e pragmáticos utilizados para a fixação de tal tese.

No quarto capítulo, recorreremos ao elemento “historicidade” do *diamante ético* (pragmática dos direitos humanos) em busca de uma metodologia específica que nos permita a abordagem no viés crítico e sem cair em abstrações epistêmicas e no formalismo dogmático, evitando assim um esvaziamento existencial da própria concepção crítica que objetiva a utilização e a ocupação emancipadora de todo e qualquer espaço de luta.

Sim, pois, ocultar as origens de determinadas práticas de dominação justificam a ordem instituída. Por isso a importância de conhecer as origens históricas dos processos culturais para que possamos compreender e contextualizar seu nascedouro, bem como buscarmos vias alternativas àquelas impostas de forma hegemônica. Trabalharemos a historicidade a partir de quatro perspectivas necessárias para uma concepção contextual, complexa e crítica do processo punitivo (controle do desvio) como resposta as exigências do mercado de trabalho na sociedade capitalista.

Na segunda parte do presente capítulo utilizaremos o elemento “posições” para buscar compreender a situação social das pessoas encarceradas no Brasil e verificar as formas de satisfação das necessidades humanas de tal grupo, sob a perspectiva materialista e relacional dos direitos humanos. Tal posição – que pode ser subordinada ou privilegiada por tais processos de divisão do fazer humano – determinará a forma a partir da qual acessamos aos bens necessários para viver com dignidade.

A “posição” não estará, pois, determinada unicamente pelo que podemos denominar ‘capital econômico’, ou seja, a quantidade de dinheiro que podemos utilizar para o consumo ou para o investimento financeiro. A esse capital, devemos adicionar as ‘capacidades sociais’ ou a soma de relações que alguém pode possuir em seu âmbito pessoal ou no lugar onde realiza seu trabalho, bem como as ‘capacidades culturais/simbólicas’, ou, em outras palavras, a formação que alguém adquiriu em toda sua etapa de aprendizagem e que permite interconectar o trabalho produtivo com os conhecimentos acumulados e a sempre crescente capacidade de criatividade cultural.

Tudo para, ao final, comprovarmos com isso que a “posição” ocupada hoje pelas pessoas encarceradas no Brasil continua subordinada aos interesses do mercado, agora, global. Que o cárcere segue sendo, ainda hoje, fiel escudeiro do sistema capitalista.

No quinto capítulo, trabalharemos com as cinco pautas para uma atuação prática orientada por nossa teoria comprometida e ideologicamente identificada com os grupos historicamente oprimidos. No entanto, as cinco pautas para a prática deverão ser entrecruzadas com as funções de uma teoria crítica para impulsionar uma filosofia da imanência que afirme que o único horizonte da política, da ética e da ciência é nossa interação criativa com o mundo, sendo que tal tarefa, por excelência, é tripla: visibilizar, desestabilizar e, se for o caso, transformar os marcos concretos e reais que subjazem a toda ação humana.

É com o propósito de contribuir com os processos de emancipação que o pensamento crítico realiza sua tarefa, revelando as conexões e causas que geralmente permanecem ocultas nos fenômenos sociais, e intervindo para apoiar transformações que favoreçam aqueles setores da população que são submetidos às relações de subordinação.

Enxergar os direitos humanos como processos culturais nos permitem, como dissemos, diferenciar o “estado de fato” e a “realidade” para podermos imprimir a noção dos signos como guia que oriente nossa ação social a partir das funções reveladas pelo aspecto causal (visibilizar), metamórfico (desestabilizar) e interativo (transformar).

Por fim, longe da pretensão de exaurir o tema proposto, nossa tarefa objetiva contribuir na formação de uma política criminal alternativa em relação ao direito penal desigual, com o fim de promover uma reforma profunda do processo, da organização judiciária, da polícia, visando democratizar estes setores do aparato punitivo do Estado, para contrastar, também de tal modo, os fatores da criminalização seletiva que operam nestes níveis institucionais, em nosso caso, a mais alta corte judicial do Brasil.

CAPÍTULO 1 – Bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos desde a perspectiva das lutas sociais

se é em nome da inteligência e da filosofia que proclamamos a igualdade dos homens, é também em seu nome que decidimos exterminá-los (Frantz Fanon).

pero cuando los hombres empezaron a formar ideas universales (...), así como a preferir unos modelos a otros, resultó que cada cual llamó perfecto a lo que le parecía acomodarse a la idea universal que se había formado de las cosas de la misma clase, e imperfecto, por el contrario, a lo que le parecía acomodarse menos a su concepto del modelo (Baruch Spinoza).

1.1 Primeiras palavras: entre paradoxos e contradições

No presente capítulo identificaremos as bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos que seja capaz de efetivar uma política progressiva e emancipatória em prol da efetivação do acesso aos bens – materiais e imateriais – indispensáveis a uma vida digna. Tal tarefa exige que sejam claramente entendidas as tensões dialéticas que informam a modernidade e os paradoxos que subjazem à forma ocidental de entender os direitos humanos como universalismo abstrato.

É que, de fato, a política de direitos humanos é atualmente um fator chave para compreender tal crise. A ideia central é desenvolver um panorama geral capaz de potencializar a matriz emancipatória da política de direitos humanos.

A forma como os direitos humanos se transformaram, nas duas últimas décadas, na linguagem da política progressista e em quase sinônimo de emancipação social causa alguma complexidade, nos adverte Boaventura de Sousa Santos¹⁶. A justificativa, segundo o sociólogo português, reside no fato de que, quer nos países centrais, quer em todo o mundo em desenvolvimento, as forças progressivas preferiram a linguagem da revolução e do

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 433.

socialismo para formular uma política emancipatória. No entanto, perante a crise aparentemente irreversível desses projetos de emancipação, são essas mesmas forças que recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação. É como “se os direitos humanos fossem invocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo ou, mais em geral, pelos projetos emancipatórios”.¹⁷

Por essa razão, Joaquín Herrera Flores afirma que os direitos humanos constituem o principal desafio para a humanidade no nosso século. Contudo, os limites impostos ao longo da história pelas propostas do liberalismo político e econômico exigem uma reformulação geral que aproxime os direitos humanos da problemática do complexo contexto atual. A globalização da racionalidade capitalista supõe a generalização de uma ideologia baseada no individualismo, competitividade e exploração. Essa constatação nos obriga – já que estamos comprometidos com uma visão crítica e emancipadora dos direitos humanos – “a contrapor outro tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e às necessidades humanas que às expectativas de benefício imediato do capital”.¹⁸

Os direitos humanos poderão realmente preencher o referido vazio se for adotada uma nova política de direitos humanos radicalmente oposta da concepção liberal hegemônica e se tal política for concebida como parte de uma constelação mais ampla de luta pela emancipação social. Assim, os direitos humanos poderão se converter em uma pauta jurídica, ética e social que sirva de fio condutor para a construção dessa nova racionalidade, mas, para tanto, “devemos libertá-los da jaula de ferro na qual foram encerrados pela ideologia de mercado e sua legitimação jurídica formalista e abstrata”.¹⁹

Enfim, a luta pelos direitos humanos no mundo contemporâneo passa necessariamente por sua redefinição teórica.

Boaventura de Sousa Santos identifica três tensões dialéticas que informam a modernidade ocidental no século XXI e sustenta que a política de direitos humanos é atualmente um fator chave para compreender tal crise. A primeira tensão seria entre

¹⁷ Idem, p. 433.

¹⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 21.

¹⁹ Idem, p. 21.

regulação social e emancipação social; a segunda entre o Estado e a sociedade civil, e a terceira entre o Estado-nação e a globalização²⁰. Em nossa tarefa de propor uma nova reformulação da cultura de direitos humanos abordaremos, com maior profundidade, a terceira tensão referida pelo pensador português. Identificamos no discurso globalizante a principal característica da teoria tradicional dos direitos humanos: a universalidade abstrata.

Tal narrativa evita a questão central dos direitos humanos deslocando seu objeto (a dignidade!), além de que a questão da universalidade dos direitos humanos é “uma questão cultural do Ocidente. Logo (...) são universais apenas quando olhados de um ponto de vista ocidental. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo”.²¹ Ademais, a universalidade não é aplicada.

Por isso é urgente apontar as condições que permitem conferir aos direitos humanos, tanto na esfera global, como na legitimidade local, para fundar uma nova política progressista de direitos humanos concebidos como a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais, atuando em rede para garantir novas e intensas formas de inclusão social, ou ainda, falar da abertura de processos de luta pela dignidade.

Partimos, pois, de uma problemática cujo tema central é paradoxal: por um lado, os direitos humanos são produtos culturais surgidos em um contexto particular de problemas e, ao mesmo tempo, propostas que se apresentam sob o guarda-chuva protetor e globalizador da universalidade. Apresentaremos três paradoxos ou contradições que nos impedem/dificultam de trabalhar pela dignidade humana desde a forma que nos propôs a modernidade ocidental capitalista: os direitos humanos.

Por outro lado, objetivando desestabilizar a atual forma de pensar (e agir) os direitos humanos e seus paradoxos, apontaremos as respectivas contradições inerentes ao discurso tradicional e hegemônico, demonstrando que a relação entre os paradoxos e as contradições é bidirecional e estreitamente interconectada, uma vez que os primeiros remetem aos segundos no objetivo de buscar vias de saídas para eles. Uma leitura cruzada

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 434-436

²¹ Idem, p. 443.

entre os paradoxos e as contradições que nos permita detectar os problemas teóricos e ideológicos para pensarmos novos modos de construir a luta pelos direitos humanos.

1º paradoxo: a universalidade abstrata dos direitos humanos (a falácia naturalista). Inicialmente nossa abordagem estará voltada para a teoria tradicional, contemporânea e hegemônica dos direitos humanos, sua característica de pretensão do humanismo abstrato (universalismo: direitos inerentes a própria essência da natureza humana), seu contexto de surgimento (histórico, sócio-político e geoestratégico) e elementos formadores.

1º contradição: universalismo de ocasião (a seletividade dos direitos humanos). Ato contínuo, denunciaremos a complexidade do atual contexto social, econômico, político e cultural (existência de uma legião de excluídos e aliados do poder econômico, degradação do meio ambiente, consumo indiscriminado, cultura de violência e guerras, entre outros) e o respectivo fracasso da universalidade dos direitos.

2º paradoxo: os direitos humanos como produtos ideológicos (a falácia globalizante). Buscaremos perceber historicamente o processo de globalização para visualizar/visibilizar como nele se desenvolve a construção e os principais marcos conceituais que definem a concepção tradicional dos direitos humanos.

2º contradição: universalismo de chegada (cosmopolitismo insurgente). Tentativa de um permanente diálogo e um contínuo processo de construção sem imposições hegemônicas, resultante da análise das respostas das diferentes forças populares e de outras vítimas das estratégias dominantes, de suas percepções dos desafios, de sua intervenção, das contradições e dos conflitos que elas provocam, das coagulações de alianças que elas favorecem ou excluem por esse motivo.

3º paradoxo: do lugar comum (da essência dos direitos humanos). A afirmativa de que os direitos humanos já estão conceituados e não nos resta outra saída senão buscar aplicá-los esconde, de fato, uma concepção homogênea que oculta e impede outras concepções de direitos humanos em prol das lutas pela dignidade humana.

3º contradição: os direitos humanos como convenções humanas. É necessário reconstruir o processo de mediação entre o que nomeamos e o que nos nomeia no campo

dos direitos humanos, afirmando que não estamos diante de aceitações passivas de identidades imaginárias, mas de processos e práticas que refletem as relações de poder em que os indivíduos e grupos estão situados.

1.2 1º paradoxo: a universalidade abstrata dos direitos humanos (a falácia naturalista)

Os direitos humanos são conceituados, apresentados e pensados – de maneira tradicional e hegemônica – como sendo “direitos inerentes a todos os seres humanos, sem distinção alguma de nacionalidade, lugar de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, língua ou qualquer outra condição”.²² Com efeito, consoante a mencionada teoria tradicional, os direitos humanos são caracterizados por universalidade abstrata, uma vez que decorreriam da própria dignidade humana representada pela essência da nossa natureza.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²³ ao estabelecer a ideia da universalidade destaca “como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações (...) por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva”, dispondo em seu artigo I que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e, acrescenta no artigo II, que “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. A Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

O ideário comum dos direitos humanos como universais se origina – e justifica suas raízes – na própria natureza da condição humana (todos têm esses direitos ao nascer!), sendo considerados prévios aos contextos socioculturais onde se encontram. A concepção tradicional (e hegemônica) do conceito dos direitos humanos resulta da enorme posituação no âmbito internacional em relação à matéria, surgida, em especial, na época do pós-guerra e com a elaboração – pela Organização das Nações Unidas (ONU) – da Declaração dos Direitos

²² Conceito extraído do sítio do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU: www.ohchr.org. Acesso em: 16/04/2016.

²³ Texto da Declaração Universal de 1948 extraído do sítio www.onu-brasil.org.br. Acesso em: 16/04/2016.

Humanos de 1948, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966.

Tem-se que o processo de internacionalização dos direitos humanos foi celebrado em um contexto histórico de repúdio às violações da vida humana geradas pelo período de guerras (em específico, os atos que ultrajaram a consciência da humanidade durante a Segunda Guerra Mundial). A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Igualmente, a Declaração Universal de 1948 e os Pactos Internacionais de 1966 atuaram como elementos formadores do atual conjunto da legislação internacional de direitos humanos, uma vez que gradativamente foram sendo ratificados pelos Estados-nações e impulsionaram o advento de uma série de acordos regionais e seus respectivos mecanismos e instrumentos de proteção, desenvolvendo o direito internacional dos direitos humanos.

Sim, pois, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) para manter a paz, proporcionar a segurança no mundo e aumentar padrões de vida, ao lado da posterior Declaração dos Direitos Humanos de 1948, marcaram o nascimento do novo Direito Internacional com a instauração de um pacto social e ordenamento jurídico mundial.

Por meio da ratificação dos pactos, acordos e tratados internacionais de direitos humanos, os governos nacionais se comprometem a adotar medidas internas (políticas, jurídicas, econômicas e culturais) compatíveis com as obrigações e deveres assumidos nos documentos perante a comunidade global.

Nas últimas décadas, destarte, houve um amplo processo de alargamento no âmbito jurídico em relação aos direitos humanos (e sua normatização), em nível interno e/ou externo aos Estados, formando uma base mínima de proteção aos direitos.

A crescente ampliação do âmbito normativo é relatada por Germán Gutiérrez:

en los últimos treinta años, se ha dado un proceso de ampliación creciente del marco jurídico relativo a los llamados derechos humanos, tanto a nivel de los estados nacionales como a nivel internacional. Tras la conocida Declaración de Naciones Unidas de 1948, se firmaron el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ambos en 1966, vigente desde 1976. Estos tres documentos, que forman la base de

la actual legislación internacional en materia de derechos humanos, se han ido ratificando poco a poco por muchos estados nacionales.²⁴

Reforçando a elaboração de uma base mínima de direitos e garantias humanas, dispõe o preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos: “o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum”.²⁵

De forma idêntica, além do repúdio às mencionadas atrocidades das grandes guerras, o surgimento do conceito hegemônico (tradicional ou contemporâneo) dos direitos humanos deve ser analisado sob o enfoque de outras duas perspectivas²⁶: (1) sócio-política no marco da Guerra Fria com a luta ideológica, política e econômica travada entre os países defensores do capitalismo e do socialismo que provocou um enfrentamento entre a defesa e garantia dos direitos individuais e os direitos sociais, econômicos e culturais; e (2) geoestratégica no marco do processo de descolonização das colônias que reduziu o papel liberador dos direitos de autodeterminação e consolidou um sistema jurídico internacional baseado na supremacia dos Estados centrais sobre os periféricos.

Dessa forma, podemos contextualizar (cenário em que se celebrou) a reconstrução, internacionalização e humanização dos Direitos Humanos levada a efeito pela Comunidade Mundial no período do pós-guerra (com seus momentos de atrocidades e horrores) e na época da guerra fria (bipolarização global), iniciando-se os movimentos da comunidade internacional em prol da criação de sistemas regionais (consolidados e formalmente constituídos) com a perspectiva de estabelecer parâmetros protetivos mínimos atinentes à dignidade humana. A concepção contemporânea dos direitos humanos e os respectivos sistemas normativos elaborados ocasionaram a redução da liberdade absoluta e

²⁴ “nos últimos trinta anos, se deu um processo de ampliação crescente do marco jurídico relativo aos chamados direitos humanos, tanto a nível dos estados nacionais como a nível internacional. Após a conhecida Declaração das Nações Unidas de 1948, se firmaram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e culturais, e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, ambos em 1966, vigente desde 1976. Estes três documentos, que formam a base da atual legislação internacional em matéria de direitos humanos, foram sendo ratificados pouco a pouco por muitos estados nacionais”. (tradução livre). GUTIÉRREZ, Germán. *Globalización y liberación de los derechos humanos*. Em: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 184.

²⁵ Preâmbulo extraído do sítio www.onu-brasil.org.br. Acesso em: 16/04/2016.

²⁶ Neste sentido: HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005, p. 224.

selvagem da soberania externa e interna dos Estados-Nações a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e tutela dos direitos humanos²⁷.

1.3 1º contradição: universalismo de ocasião (a seletividade dos direitos humanos).

Ocorre, contudo, que atualmente vivemos em outro (e muito distinto) contexto social, econômico, político e cultural (impulsionado a partir da queda do Muro de Berlim e suas respectivas consequências), onde são flagrantes a degradação (contínua e progressiva) do meio ambiente, as injustiças propiciadas por um comércio e um consumo indiscriminado e desigual, uma cultura de violência e de guerra e as deficiências na seara da saúde e da convivência individual e social. Estamos (e vivemos) em um contexto absurdamente diferente daquele que impulsionou a comunidade internacional a partir de 1948 e em que se construiu a teoria tradicional (e hegemônica) dos direitos humanos.

As promessas de um mundo novo e melhor não se concretizaram.

As declarações, os pactos e as convenções assinadas pela comunidade internacional estão cada vez mais longe de serem efetivadas. A existência de uma legião de excluídos e aliados do processo econômico revela a incapacidade – pelo menos em termos de efetivação e implantação – da racionalidade e das promessas da modernidade.

Neste sentido o Informe sobre “o estado dos direitos humanos no mundo” elaborado pela Anistia Internacional no ano de 2015/16 é revelador em relação ao não-cumprimento da promessa de “livrar as pessoas do medo e da necessidade”, e, ademais, o fato de estarmos vendo a “eclosão de tantas novas crises sem que nenhuma das anteriores tenha sido resolvida mostra uma clara falta de capacidade e de vontade política para acabar com os conflitos, menos ainda para preveni-los. O resultado é a proliferação alarmante de incertezas e impunidade”.²⁸ O Informe 2015/16 da Anistia Internacional documenta o estado dos direitos humanos em 160 países e territórios em 2015.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006, p. 144.

²⁸ Informe “o estado dos direitos humanos no mundo” da Anistia Internacional de 2015/16. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf. Acesso em: 05 de abril de 2016, p 10.

O custo desse fracasso é que milhões de pessoas estão sendo privadas de seu direito a viver com dignidade – não apenas desfrutar de sua liberdade política, mas também ter acesso a alimentos, à moradia, a serviços de saúde, à educação e à segurança, tal como está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Cidadãos servos que entregaram seu poder e confiaram ao Estado a tutela de seus direitos e, que nos termos delineados por Juan Ramón Capella, se tornaram sujeitos de direitos sem poder e “han quedado dotados de ciudadanía ante el Estado cuando no es ya el Estado un soberano: cuando cristaliza otro poder, superior y distinto, supraestatal e internacional, esencialmente antidemocrático, que persigue violentamente sus fines particulares”.²⁹

Ou, ainda, como adverte Gerardo Pisarello, que a “historia de las políticas sociales modernas se ha caracterizado, entre otros aspectos, por su carácter limitado y excluyente tanto desde el punto de vista espacial como de los sujetos concernidos por ellas”.³⁰

Um contexto gerador de uma multidão oprimida, os ninguéns! Uma legião de pessoas que pertencem a classe social desfavorecida, oprimida e dominada. A subjetividade coletiva que busca se tornar sujeito absoluto dos processos de potência. Pessoas que lutam para sair da condição de miserabilidade em que estão submetidas e sonham que um dia a boa sorte apareça de algum lugar, mas, como adverte Eduardo Galeano, “a boa sorte não chove ontem, nem hoje, nem amanhã, nem nunca, nem uma chuvinha cai do céu da boa sorte, por mais que os ninguéns a chamem e mesmo que a mão esquerda coce, ou se levantem com o pé direito, ou comecem o ano mudando de vassoura”.³¹

Especificamente ao caso brasileiro, o informe da Anistia Internacional do ano de 2015/16 aponta que graves violações de direitos humanos continuaram sendo denunciadas, como homicídios cometidos pela polícia, tortura e maus-tratos de pessoas presas. Jovens negros moradores de favelas e periferias corriam maiores riscos. As forças de segurança, com frequência, usaram força excessiva ou desnecessária para reprimir manifestações. Conflitos

²⁹ “estão dotados de cidadania ante o Estado quando não é já o Estado um soberano: quando cristaliza outro poder, superior e distinto, supraestatal e internacional, essencialmente antidemocrático, que persegue violentamente seus fins particulares”. (tradução livre). RAMÓN CAPELLA, Juan. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Trotta, 1993, p. 152.

³⁰ “história das políticas sociais modernas se caracterizou, entre outros aspectos, por seu caráter limitado e excludente tanto desde o ponto de vista espacial como dos sujeitos concernidos por elas”. (tradução livre). PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 30-31.

³¹ GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. São Paulo: LP&M Editores, 2005, p. 71.

por terras e recursos naturais provocaram a morte de dezenas de pessoas. Comunidades rurais e seus líderes continuaram a sofrer ameaças e ataques de proprietários de terras, principalmente no Norte e Nordeste do país. Lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI) continuaram a enfrentar discriminação e violência.

Intensificou-se a oposição da sociedade civil às novas leis e emendas constitucionais que ameaçavam retroceder direitos sexuais e reprodutivos, bem como direitos das mulheres e das crianças³². Registre-se, a título de análise do atual contexto socioeconômico nacional, que o Brasil obteve Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) igual a 0,755³³, nos termos do relatório do ano 2014/2015 elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)³⁴, ficando em 75º lugar no ranking dos países.

O Brasil se transforma em um lugar de espaços divididos, demonstrando, como aponta o geógrafo Milton Santos, que “o problema que temos de enfrentar é o da pobreza, cuja dimensão, portanto, não é somente econômica, mas também espacial, cuja definição não se esgota em termos contábeis, mas exige uma dimensão social”.³⁵ Um país de angústias, cujo sofrimento é “ver crianças barrigudas de vermes sem direito a uma infância feliz, a menina condenada à prostituição precoce, a mãe vendo o filho largar a escola para ingressar no narcotráfico, o pai desempregado sem poder sustentar a família”.³⁶

Neste avassalador contexto, que, repita-se, a esmagadora maioria da população vive em exclusão social e está apartada do poder econômico, é necessária uma nova concepção dos direitos humanos que possa potencializar a multidão oprimida e reduzir a

³² Informe “o estado dos direitos humanos no mundo” da Anistia Internacional de 2015/16. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf. Acesso em: 05 de abril de 2016, p 82.

³³ Dados extraídos do sítio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: www.pnud.org.br. Acesso em: 16/04/2016.

³⁴ O índice de Desenvolvimento Humano foi idealizado por Mahbub ul Haq com colaboração do economista indiano Amartya Sen (ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998) e que “além de computar o PIB per capita, depois de corrigi-lo pelo poder de compra da moeda de cada país, o IDH também leva em conta dois outros componentes: a longevidade e a educação. Para aferir a longevidade, o indicador utiliza números de expectativa de vida ao nascer. O item educação é avaliado pelo índice de analfabetismo e pela taxa de matrícula em todos os níveis de ensino. A renda é mensurada pelo PIB per capita, em dólar PPC (paridade do poder de compra, que elimina as diferenças de custo de vida entre os países). Essas três dimensões têm a mesma importância no índice, que varia de zero a um” (informações constantes no sítio www.pnud.org.br. Acesso em: 16/04/2016).

³⁵ *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos*. São Paulo: Edusp, 2004, p. 371.

³⁶ BETTO, Frei. *A mosca azul*. Rio de Janeiro: Rocco, 2006, p. 128.

desigualdade de poder material no momento de ascender aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para uma vida digna de ser vivida.

Por certo não podemos rechaçar e abandonar como um todo as conquistas jurídicas obtidas nos tratados, convenções internacionais e na Constituição Federal do Brasil, mas sim, ao contrário, devemos ampliar o objeto de estudo do âmbito normativo.

Não estamos negando a importância dos ordenamentos jurídicos, do Estado Democrático de Direito e do sistema de garantias estabelecidas, afinal não se pode negar o esforço da comunidade internacional realizado para lograr êxito em estabelecer uma base de proteção mínima de direitos que alcance a todos os indivíduos e demais formas de vida.

Mas, qualquer reflexão geral que despreze a realidade socioeconômica do país em que é aplicada estará fadada a ser um mero exercício intelectual sobre a irrealidade, gratuita ficção, uma ilusão, uma quimera sem mínima importância para sociedade. E, analisando o caso do Direito, complementa Lédio Rosa de Andrade:

direito e realidade socioeconômica estão interligados. Mais ainda, são partes de um todo; uma interage com a outra. As condições de vida da população demarcam a realidade de fato, ou seja, as relações de poder na sociedade. E estas são permitidas, organizadas, impostas e justificadas pelo direito. O poder econômico, sim, limita a liberdade de quem está na posição mais débil e deve estar na mira do Direito.³⁷

No entanto, temos que deixar de considerar o referido sistema de proteção mínima de direitos como única e exclusiva forma de entender e conceituar os direitos humanos, visto que “está muy claro que hay que mejorar y fortalecer el papel del derecho y de los sistemas de protección de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional, así como se hace imprescindible reconocerlos institucionalmente, pero no hay que darle el exclusivo y el único protagonismo”.³⁸ Ademais, sedimenta Amilton Bueno de Carvalho que “o mundo do jurista ao limitar seu saber ao normativismo consagrado é distanciado da sociedade para a qual se destina seu saber/atuação”.³⁹

³⁷ ANDRADE, Lédio Rosa. *Introdução ao Direito Alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 20.

³⁸ “está muito claro que há que melhorar e fortalecer o papel do direito e dos sistemas de proteção dos direitos humanos tanto a nível nacional como internacional, assim como se faz imprescindível reconhecer-los institucionalmente, mas não há que dar-lhes o exclusivo e o único protagonismo”. (tradução livre). SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilha: Editorial MAD, 2007, p. 16.

³⁹ CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e Direito Alternativo*. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 124.

A pretensa universalidade abstrata que reconhece os direitos a todos os seres humanos por natureza e pelo simples fato de terem nascido surgiu em determinado contexto histórico (trânsito para a modernidade e desenvolvimento do sistema capitalista) que atualmente não nos serve para compreender e atuar sobre a realidade social existente.

É que, de fato, por trás de toda e qualquer norma jurídica de pretensão universal existem interesses (particulares ou não) concretos que (sempre) reclamam ser parte constitutiva de um novo sentido do humano que não descanse somente no reconhecimento do comum-coletivo, senão que estendam ao âmbito da diferença⁴⁰.

Fazendo uma análise crítica sobre as características e os efeitos do discurso conservador (aquele que tudo naturaliza), Samir Amin destaca a imposição de uma “amálgama de valores” que regem o mundo moderno, e conclui:

nessa amálgama lança-se uma mistura de princípios de organização política (o Estado de direito, os direitos humanos, a democracia), valores sociais (a liberdade, a igualdade, o individualismo), princípios de organização da vida econômica (a propriedade privada, os mercados livres). A amálgama deixa entender que esses valores constituem um todo indissociável, que provém de uma só e mesma lógica, ela associa, portanto, capitalismo e democracia, como se isso fosse algo evidente por si. A história mostra antes o contrário, que os avanços democráticos foram conquistados e não são o produto espontâneo, natural, da expansão capitalista. A análise crítica permite, então, precisar os conteúdos históricos reais dos valores em questão – a democracia, por exemplo – e, portanto, seus limites e suas contradições, assim como os meios de fazê-los avançar.⁴¹

Igualmente, a concepção tradicional dos direitos humanos que determina sua universalidade utiliza por um lado “lo global para imponer determinada perspectiva de las cosas y obligar a todos a que acepten determinados modelos de desarrollo, por otro se articulan instrumentos de separación y división entre quienes salen más perjudicados en ese reparto desigual de los bienes”.⁴² Com efeito, o grande equívoco levado a efeito quando se universalizam os direitos humanos decorre do fato de perceber os direitos e as garantias individuais como de natureza privada, de caráter egoístico, e de tutela e propriedade exclusiva

⁴⁰ Neste sentido: GUTIÉRREZ, Germán. *Globalización y liberación de los derechos humanos*. Em: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 185.

⁴¹ AMIN, Samir. *Os desafios da mundialização*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Idéias & Letras, 2006, p. 258.

⁴² “o global para impor determinada perspectiva das coisas e obrigar a todos a que aceitem determinados modelos de desenvolvimento, por outro se articulam instrumentos de separação e divisão entre quem sai mais prejudicado neste reparto desigual dos bens”. (tradução livre). SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilha: Editorial MAD, 2007, p. 89.

do sujeito que postula seu reconhecimento e respeito (quando, ao contrário, a marca comum caracterizadora dos direitos humanos é a dimensão pública).

A ideia de direitos humanos, portanto, desprega-se das instituições, constituindo-se patrimônio da humanidade conquistado no processo histórico de afirmação da dignidade de toda pessoa humana. Os direitos humanos existem independentemente do seu reconhecimento formal, visto que, em grande medida, legitimam ações (políticas, sociais, econômicas, culturais e, inclusive, jurídicas) contra as instituições mesmas.

Neste sentido, a lição de Joaquín Herrera Flores é digna de menção:

lo que hace universales a los derechos no radica ni en su mero reconocimiento jurídico, ni en la adaptación a una ideología determinada que los entienda como ideales abstractos más allá de los contextos sociales, económicos y culturales en los que surgen y para los que deben servir de pauta crítica. La universalidad de los derechos sólo puede ser defendida en función de la siguiente variable: el fortalecimiento de individuos, grupos y organizaciones a la hora de construir un marco de acción que permita a todos y a todas ir creando las condiciones que garanticen de un modo igualitario su acceso a los bienes (...) que hacen que la vida sea digna de ser vivida.⁴³

Ocorre, destarte, que ao considerarmos como natural, normal e indiscutível a distância existente entre as normas e os fatos (o que se diz e o que se faz em direitos humanos) acabamos consolidando e fortalecendo uma forma de entender a realidade que interessa somente àqueles detentores do poder econômico e, por sua vez, prejudica (porque acaba se mantendo como está) os setores desfavorecidos e excluídos da sociedade.

Eis o reclamo de David Sánchez Rubio:

en definitiva, parece como si existiera una cultura de impotencia y excesivamente conformista que, bajo la excusa de ese abismo entre lo dicho y lo hecho, adopta la actitud de seguir dejando las cosas tal como están. A lo mejor es que esta separación que damos como natural y indiscutible, sea una de las razones que justifican la indolencia y la pasividad a la hora de construir día a día y en todos los lugares sociales, derechos humanos.⁴⁴

⁴³ “o que faz universais os direitos não radica nem em seu mero reconhecimento jurídico, nem na adaptação a uma ideologia determinada que os entenda como ideais abstratos mais além dos contextos sociais, econômicos e culturais nos que surgem e para os que devem servir a pauta crítica. A universalidade dos direitos só pode ser defendida em função da seguinte variável: o fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações na hora de construir um marco de ação que permita a todos e a todas ir criando as condições que garantizem de um modo igualitário seu acesso aos bens (...) que fazem que a vida seja digna de ser vivida”. (tradução livre). HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos humanos*. Madrid: Atrapasueños, 2008, p. 13

⁴⁴ “em definitivo, parece como se existisse uma cultura de impotência e excessivamente conformista que, baixo a excusa desse abismo entre o dito e o fato, adota a atitude de seguir deixando as coisas tal como estão. Ou melhor, é que esta separação que damos como natural e indiscutível, seja uma das razões que justificam a indolência e a passividade na hora de

Cumpra destacar, imperiosamente, a importância de uma consciência crítica acerca da atual conjuntura dos direitos humanos para possibilitar a abertura de caminhos à expressão das insatisfações sociais. Sim, pois, a conscientização nos possibilita a inserção no processo histórico e permite a inscrição na busca da afirmação desses direitos em prol da humanidade sofrida. A possibilidade de um diálogo crítico e emancipador em prol de uma luta/movimento social de libertação da classe social que se encontra alijada do poder econômico (multidão oprimida). A realidade social, objetiva, que não existe por acaso, mas como produto da ação do seres humanos, também não se transforma por acaso! A inefetividade dos direitos humanos (como realidade) não existe por acaso e é produto de nossas ações, por isso mesmo transformar essa realidade é tarefa nossa, de todos e todas.

Uma consciência crítica que contextualize a concepção hegemônica dos direitos humanos (aquela que nos afirma que temos idênticos direitos em razão do seu caráter universal) e exponha a divergência existente entre o discurso e a prática.

Pois, destaca Antonio Carlos Wolkmer, “enquanto a ideia de consciência e de razão na teoria tradicional está vinculada ao mundo da natureza e ao presente em contemplação, a teoria crítica expressa a ideia de razão vinculada ao processo histórico-social e à superação de uma realidade em constante transformação”.⁴⁵

Afinal, porque os direitos humanos previstos em tratados, convenções internacionais e na Constituição do Brasil não são aplicados? Qual a razão do abismo entre as normas e os fatos? De que resulta a inefetividade das normas que estabelecem a garantia de uma vida digna? Será pela circunstância de que, como afirma o poeta uruguaio Eduardo Galeano, no mundo de hoje as palavras e os fatos raramente se encontram, quando se encontram, como não se conhecem, não se cumprimentam⁴⁶.

Ora, afirma Frei Betto, “ninguém escolhe a pobreza, ela decorre de leis e estruturas injustas. Isso é o que precisa mudar”.⁴⁷ Por certo, não devemos nos conformar com

construir dia a dia e em todos os lugares sociais, direitos humanos”. (tradução livre). SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilha: Editorial MAD, 2007, p. 12.

⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 07.

⁴⁶ GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. São Paulo: LP&M, 2005, p. 126.

⁴⁷ BETTO, Frei. *A mosca azul*. Rio de Janeiro: Rocco, 2006, p. 128.

a resignação apregoada pelos conformistas que afirmam e explicam com suas teorias que a “realidade é assim mesmo e nada podemos fazer contra ela”, uma vez que o sacrifício amargado (distância existente entre as normas e os fatos) não é o deles, nem o de suas famílias. Devemos acreditar, sim!, ao lado de Ernesto Sabato, na necessidade de resistir e que os homens e mulheres encontram nas próprias crises a força para sua superação, bem como “as possibilidades de uma vida mais humana estão ao alcance de nossas mãos”.⁴⁸

O repúdio ao conformismo é igualmente manifestado por Che Guevara:

jamais se esqueçam de que por trás de cada técnica há alguém que a empunha e que esse alguém é uma sociedade e que se está a favor ou contra essa sociedade. Que no mundo há os que pensam que a exploração é boa e os que pensam que a exploração é ruim e que é preciso acabar com ela. E que mesmo quando não se fala de política em nenhum lugar, o homem político não pode renunciar a essa situação imanente à sua condição de ser humano. E que a técnica é uma arma e que quem sinta que o mundo não é tão perfeito quanto deveria ser deve lutar para que a arma da técnica seja posta a serviço da sociedade, e antes, por isso, resgatar a sociedade, para que toda a técnica sirva à maior quantidade possível de seres humanos.⁴⁹

A urgente transformação das estruturais sociais só será possível com a capacidade de luta da multidão oprimida em busca da afirmação da subjetividade coletiva e da eliminação das relações desiguais de poder material no momento de acesso aos bens indispensáveis para uma vida digna. O reconhecimento da universalidade dos direitos humanos deve ser entendido sob um enfoque emancipador e libertador para que se possa empoderar novas subjetividades em busca de reconhecimento e poder no seio da sociedade e das instituições.

É, destarte, a partir do contexto presente, existencial e concreto e refletindo em conjunto com as aspirações da classe socialmente oprimida e excluída que construiremos uma nova ação política, sempre tendo presente, como adverte Paulo Freire, que “nosso papel não é falar ao povo sobre nossa visão do mundo, ou tentar impô-la a ele, mas dialogar com ele sobre a sua e a nossa”.⁵⁰ Neste sentido, afirma Michael Löwy que “tudo o que existe na vida humana e social está em perpétua transformação, tudo é perecível, tudo está sujeito ao fluxo da história”.⁵¹ Não existem princípios eternos, nem verdades absolutas, todas as teorias, doutrinas e interpretação de realidade têm que ser vistas na sua história.

⁴⁸ SABATO, Ernesto. *A resistência*. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 13.

⁴⁹ LÖWY, Michael. *O pensamento de Che Guevara*. São Paulo: Expressão Popular, 2003, 143.

⁵⁰ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 100.

⁵¹ LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 14.

É pensando criticamente a prática de hoje ou de ontem que se pode melhorar a próxima prática. O próprio discurso teórico, necessário à reflexão crítica, tem de ser de tal modo concreto que quase se confunda com a prática⁵².

Uma consciência crítica que se traduza em ação e prática revolucionária, na qual irão se transformar o contexto, as condições sociais, as estruturas, o Estado, a sociedade, a economia e os próprios indivíduos (autores da ação). A reflexão crítica sobre a prática se torna uma exigência! E, na medida em que lutamos para transformar a realidade “é que a entendemos melhor e é na medida em que melhor entendemos que mais lutamos para transformá-la”.⁵³ Eis o clamor manifestado por Edward Said:

hay cierto peligro de que la fascinación ante lo que es difícil – siendo la crítica una de las formas de la dificultad – pueda apartar la alegría de nuestro corazón. Pero tenemos todo tipo de razones para suponer que el crítico que está cansado de la gerencia y de la batalla cotidiana es (...) bastante capaz al menos de encontrar el depósito en que se encuentran, arrancar el cerrojo y liberar las energías negativas. Normalmente, sin embargo, el crítico no puedo sino mantener, sin siquiera expresarla del todo, la esperanza.⁵⁴

Ademais, as afirmativas de que não devemos seguir pensando sobre o conceito de direitos humanos porque já está suficientemente elaborado e pensado por um conjunto de autoridades acadêmicas constituem um ataque dirigido contra a capacidade humana de reformular continuamente o mundo em que vivemos. Devemos pensar, é dizer: pensar de outro modo⁵⁵. Pensar o mundo onde vivemos e propor alternativas para sua mudança. A criação de novos modos de reagir frente aos entornos das relações nas quais presenciamos é uma exigência de nossa natureza de animais culturais. O novo é produzido por nossa capacidade cultural de criação de sentidos mundanos. O novo não é algo alheio a nós.

Pensar as lutas pela dignidade humana significa problematizar a realidade.

⁵² Neste sentido: FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 39.

⁵³ LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 29.

⁵⁴ “há certo perigo de que a fascinação ante o que é difícil – sendo a crítica uma das formas da dificuldade – possa apartar a alegria de nosso coração. Mas temos todo tipo de razões para supor que o crítico está cansado da gerência e da batalha cotidiana é (...) bastante capaz ao menos de encontrar o depósito em que se encontram, arrancar o ferrolho e liberar as energias negativas. Normalmente, contudo, o crítico não pode senão manter, sem sequer expressá-la do todo, a esperança”. (tradução livre). SAID, Edward. *El mundo, el texto y el crítico*. Tradução de Ricardo García Pérez. Barcelona: Debate, 2004, p. 47.

⁵⁵ Neste sentido: DELEUZE, Gilles. *Empirismo y subjetividad*. Barcelona: Gedisa, 1992.

1.3 2º paradoxo: os direitos humanos como produtos ideológicos (a falácia globalizante).

Para entender os direitos humanos na atualidade temos que ser conscientes das relações de força que se dão entre atores sociais e as possibilidades ou obstáculos postos a formas organizativas alternativas. Tais características, nos adverte Joaquín Herrera Flores, são próprias da nova fase de apropriação do capital e estão provocando uma mudança importante na consideração dos direitos humanos, especialmente, no nível jurídico, com a crise do direito nacional nos direitos humanos (enfraquecimento da soberania dos Estados nacionais) e, no nível ideológico, com a globalização da ideologia-mundo⁵⁶.

Por este motivo é fundamental entender o processo de globalização e suas consequências nas formas de luta pela dignidade que denominamos direitos humanos.

O que é a globalização? A pergunta é lançada pelo sociólogo Ulrich Beck. A resposta é apresentada pelo próprio escritor alemão ao afirmar ser a globalização “procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”.⁵⁷ A singularidade do processo de globalização radica na ramificação, densidade e estabilidade de suas recíprocas redes de relações regionais-globais e de sua autodefinição dos meios de comunicação, dos espaços sociais, culturais, políticos e econômicos. É dizer: a sociedade global (fruto da globalização) se ramificou em muitas dimensões que não estão vinculadas a um lugar concreto (círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e modos de vida que ultrapassam as fronteiras do Estado), o que, deveras, vai de encontro com a concepção de Estado nacional como Estado territorial que baseia seu apego a um território específico.

⁵⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 175.

⁵⁷ BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 2004, p. 29. Tradução: “processos em virtude dos quais os Estados nacionais soberanos se misturam e se imbricam mediante atores transnacionais e suas respectivas probabilidades de poder, orientações, identidades e estruturas várias”.

Uma nova repartição de privilégios e – ao mesmo tempo – ausência de direitos, riqueza e pobreza, possibilidades de triunfo e falta de perspectivas, liberdade e falta de liberdade⁵⁸. Se produziu uma espécie de (re)tomada dos centros materiais vitais das sociedades modernas nos Estados nacionais e de maneira pacífica e calma, sem revoluções e mudanças nas leis e nas constituições. De acordo com a “lei do mercado” as empresas podem produzir em um país, pagar impostos em outro e exigir gastos estatais em um terceiro país (busca de postos de trabalho com os custos laborais são mais baixos e repartição da prestação dos serviços). Assim, sustenta Ulrich Beck, “todo el que fomenta el crecimiento económico acaba generando desempleo, y todo el que rebaja drásticamente los impuestos para que aumenten las posibilidades de beneficios genera posiblemente también desempleo”.⁵⁹

Desta maneira se pode reconhecer que o processo de globalização coloca em risco a política e o Estado. Globalização significa politização.

Ora, as empresas – principalmente as que atuam de modo planetário – podem desempenhar um papel fundamental na configuração da economia, da política e da própria sociedade em seu conjunto, pois a cada hora o poder do mundo se concentra e se globaliza, vinte ou trinta empresas, como um selvagem animal totalitário, hoje o têm em suas garras, “continentes mergulhados na miséria junto a altos níveis tecnológicos, assombrosas possibilidades de vida a par de milhões de homens sem emprego, sem casa, sem assistência médica, sem educação”.⁶⁰ E, nesta ordem, o projeto da modernidade rompe a aliança histórica entre sociedade de mercado, Estado assistencial e democracia, transformando a sociedade mundial em uma autêntica pluralidade sem unidade.

É o processo mundial de homogeneização do modo de produção capitalista, da globalização dos mercados e das transações financeiras sob a lógica da competição de todos contra todos⁶¹, afinal “a absoluta assimetria no acesso aos bens produzidos socialmente está

⁵⁸ Idem, p. 88.

⁵⁹ Idem, p. 17. Tradução: “tudo o que fomenta o crescimento econômico acaba gerando desemprego, e tudo o que diminui drasticamente os impostos para que se aumentem as possibilidades de benefícios gera possivelmente também desemprego”.

⁶⁰ SABATO, Ernesto. *A resistência*. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 70.

⁶¹ BOFF, Leonardo. *¿Cuál globalización?* Em: Revista Alternativas Sur. *A la búsqueda de alternativas. ¿Otro mundo es posible?* Volume 1, número 1, ano 2002, p. 110.

acabando com a classe média, e o sofrimento de milhões de seres humanos que vivem na miséria salta aos olhos de todos nós, por mais que empenhemos em fechá-los”.⁶²

Novamente Ulrich Beck nos faz a indagação: em que implicam os direitos humanos que supostamente devem valer para todos com respeito às diferentes culturas? Quem garante esses direitos no pós-Estado nacional? A resposta é incisiva: “lo que se hace pasar por universalismo occidental de la Ilustración y de los derechos humanos no es otra cosa que la opinión de hombres blancos, muertos o viejos, que oprimen los derechos de las minorías étnicas, religiosas y sexuales mientras imponen de manera absoluta se metadiscursos partidista”.⁶³ Ou seja: o desenvolvimento econômico se furta ao comando do Estado nacional enquanto, por outro lado, suas consequências sociais engordam no manto do Estado assistencial (desemprego, migração, pobreza, entre outros).

De acordo com Anthony Giddens, para quem a globalização é formada por quatro dimensões (sistema de Estado nacional, economia capitalista mundial, ordem militar mundial e divisão internacional do trabalho), a política econômica, doméstica e/ou internacional, nos estados capitalistas envolve muitas formas de regulação da atividade econômica, mas sua organização institucional mantém um isolamento desta esfera e da dimensão política, fator que “permite un amplio ámbito para las actividades globales de las corporaciones financieras, que aunque siempre han estado domiciliadas en un determinado estado, no obstante pueden desarrollar muchos otros intereses en cualquier otro lugar del mundo”.⁶⁴ As características da exploração do mercado mundial já foram mapeadas por Marx e Engels quando da elaboração do Manifesto do Partido Comunista em 1848:

pela exploração do mercado mundial a burguesia imprime um caráter cosmopolita à produção e ao consumo em todos os países. Para desespero dos reacionários, retirou à indústria sua base nacional. As velhas indústrias nacionais foram destruídas e continuam a sê-lo diariamente. São suplantadas por novas indústrias, cuja introdução se torna uma questão vital para todas as nações civilizadas, indústrias que não empregam mais matérias-primas locais, mas matérias-primas vindas de

⁶² SABATO, Ernesto. *A resistência*. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 70.

⁶³ BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 2004, p. 25. Tradução: “o que se faz passar por universalismo ocidental da Ilustração dos direitos humanos não é outra coisa que a opinião de homens brancos, mortos ou velhos, que oprimem os direitos das minorias étnicas, religiosas e sexuais enquanto impõem de maneira absoluta seu metadiscursos partidista”.

⁶⁴ GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad*. Tradução de Ana Lizón Ramón. Madrid: Alianza Editorial, 2004, p. 73. Tradução: “permite um amplo âmbito para as atividades globais das corporações financeiras, que ainda que sempre estiveram domiciliadas em um determinado estado, não obstante podem desenvolver muitos outros interesses em qualquer lugar do mundo”.

regiões mais distantes, e cujos produtos se consomem não só no próprio país, mas também em todas as partes do globo. No lugar das antigas necessidades, satisfeitas pelos produtos nacionais, nascem novas necessidades, que exigem para sua satisfação os produtos das regiões mais longínquas e dos climas mais diversos. No lugar do antigo isolamento de regiões e nações que se bastavam a si mesmas, desenvolve-se um intercâmbio universal, uma interdependência universal das nações.⁶⁵

O Estado, e sua razão de ser e pretensão de controle das pessoas, em troca da promessa de proteção aos seus súditos, frente às ameaças próprias da existência e, revelando-se incapaz de cumprir com sua promessa, gera o fenômeno denominado por Zygmunt Bauman do “medo líquido”, onde o Estado “se ve obligado a desplazar el énfasis de la protección desde los peligros para la seguridad social hacia los peligros para la seguridad personal”.⁶⁶ Ocasionalmente, então, “la batalla contra los temores y la delega en el ámbito de la política de la vida operada y administrada a nivel individual, y, al mismo tiempo, externaliza en los mercados de consumo el suministro de las armas necesarias para esa batalla”.⁶⁷

É o que Zygmunt Bauman classifica de (um dos) efeitos secundários da “globalização negativa” (espécie de globalização altamente seletiva do comércio, do capital, da vigilância, da informação, da delinquência e do terrorismo, características que afrontam a soberania territorial e não respeitam as fronteiras estatais).

O “mercado sem fronteiras” revela-se um método perfeito para a fabricação das injustiças sociais e, em segunda instância, de uma nova desordem mundial na qual a política passa a ser a continuação da guerra por outros meios. E, como reflexo, a “abertura” das sociedades que promove a “globalização negativa” é a principal causa da injustiça existente e, conseqüente e indiretamente, do conflito e da violência, marcas comuns do mundo moderno líquido negativamente globalizado. E adverte o sociólogo alemão: “la incertidumbre planetaria seguirá siendo irremediable hasta que la globalización negativa sea complementada y domeñada por otra de signo positivo y, con ello, las probabilidades vuelvan

⁶⁵ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global, 2006, p. 88.

⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*. Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2007, p. 13. Tradução: “se vê obrigado a transferir a ênfase da proteção desde os perigos para a segurança social em direção aos perigos para a segurança pessoal”.

⁶⁷ Idem, p. 13. Tradução: “a batalha contra os temores e a delegação no âmbito da política da vida operada e administrada a nível individual, e, ao mesmo tempo, externaliza nos mercados de consumo o abastecimento das armas necessárias para essa batalha”.

a ser calculables. Los orígenes de nuestra vulnerabilidad son, pues, de índole política y ética”.⁶⁸
A utopia do livre mercado não é a solução, mas sim a fonte dos problemas sociais.

Afinal, se os custos laborais são reduzidos e as relações trabalhistas flexibilizadas, a ganância da economia mundial aumenta. O alerta de Ulrich Beck é neste sentido, uma vez que nas sociedades modernas (diferentemente do ocorrido na antiguidade) o trabalho se converteu em um valor nuclear e integrado, sendo que a partir de então o indivíduo se define mediante o trabalho remunerado. Neste paradigma, segue Ulrich Beck, “aparece la globalización como un proceso que viene de fuera, que socava, y posiblemente barre también, el submundo político-moral-económico en el que se fundan los Estados nacionales de la modernidad”.⁶⁹ É a desterritorialização do social, cuja economia, política e o estilo de vida não somente deslocam-se mais além das fronteiras dos Estados nacionais (cada vez ocorrem mais coisas, e não só ao mesmo tempo, senão no mesmo lugar, sem que nosso pensar e agir tenha se preparado para o “colapso” das distâncias).

O geógrafo brasileiro Milton Santos divide o fenômeno da globalização em (pelo menos) três mundos em um só: (a) a globalização como fábula (como se o mundo houvesse se tornado para todos ao alcance da mão. Ao revés: um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas); (b) a globalização como perversidade (o desemprego crescente torna-se crônico, a pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida e a fome se generaliza em todos os continentes) e (c) uma outra globalização (o mundo como pode ser). A globalização é o ápice do processo de internacionalização do capital:

a tirania do dinheiro e tirania da informação são os pilares da produção histórica atual do capitalismo globalizado. Sem o controle dos espíritos seria impossível a regulação pelas finanças. Daí o papel avassalador do sistema financeiro e a permissividade do comportamento dos atores hegemônicos, que agem sem contrapartida, levando ao aprofundamento da situação.⁷⁰

⁶⁸ Idem, p. 128. Tradução: “possivelmente, a atual incerteza planetária seguirá sendo irremediável até que a globalização negativa seja complementada e dominada por outra de signo positivo e, com isso, as probabilidades voltem a ser calculáveis. As origens de nossa vulnerabilidade são, pois, de índole política e ética”.

⁶⁹ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2006, p. 39-40. Tradução: “aparece a globalização como um processo que vem de fora, que solapa, e possivelmente barra também, o submundo político-moral-econômico em que se fundam os Estados nacionais da modernidade”.

⁷⁰ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006, p. 35.

É a imposição do sistema de Estado mínimo (uma campanha contra o Estado de bem-estar social) cujo neoliberalismo aprisionou o mundo com suas garras e com graves consequências para a democracia (dissolução dos sindicatos, privatização dos serviços públicos e uma onda de desregulamentação). Assim, o desejo de lucro dominou completamente o setor público e os investimentos para o bem-estar social (escolas e serviços de saúde, por exemplo) foram eliminados e, como relata Edward Said, a maior perda ocorreu nas práticas democráticas sociais “já que, quando o país é governado pelo mercado (...) e com o Estado de fato entregue às maiores corporações e companhias financeiras (...) há cada vez menos incentivos para o cidadão individual participar de um sistema visto basicamente como fora de controle no que diz respeito à população comum”.⁷¹

De fato, o preço do neoliberalismo e do “mercado sem fronteiras” tem sido pago pelo cidadão individual, que se sente de lado, sem poder, alienado de um mercado que é dirigido pela ganância, por imensas corporações transnacionais e por um governo à mercê daquele que lhe pague mais. E, segue Edward Said:

o desaparecimento da condição de bem-estar social significa que não deve haver mais nenhuma agência pública para salvaguardar o bem-estar pessoal dos fracos, dos excluídos, das famílias empobrecidas, das crianças, dos deficientes e dos idosos. O novo liberalismo fala sobre oportunidades livres e iguais. Mas se, por alguma razão, o indivíduo não for capaz de se manter no topo, ele irá afundar. O que desapareceu foi a noção de que os cidadãos devem ter direitos – o direito, garantido pelo Estado, à saúde, à educação, à moradia e às liberdades democráticas.⁷²

Para o Subcomandante Insurgente Marcos a globalização é a nova divisão do mundo que consiste em concentrar poder no poder e miséria na miséria. Uma constante guerra que assassina e causa esquecimento e, isto se deve porque “acima de fronteiras, sem importar raças ou cores, o poder do dinheiro humilha dignidades, insulta honestidades e assassina esperanças. Conhecido como neoliberalismo, o crime histórico da concentração de privilégios, riquezas e impunidades, democratiza a miséria e o desespero”.⁷³

No âmbito social, em todo o Mundo, direitos conquistados por intensas lutas históricas são gradativamente suprimidos em atendimento às exigências da flexibilização ou

⁷¹ SAID, Edward. *Cultura e política*. Tradução de Luiz Bernardo Pericás. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 90.

⁷² Idem, p. 91.

⁷³ MARCOS, Subcomandante Insurgente. Convocação da Conferência Intercontinental contra o Neoliberalismo e pela Humanidade. Em: LÖWY, Michael (Org.). *O marxismo na América Latina: uma antologia de 1909 aos dias atuais*. Tradução de Cláudia Schilling e Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 553-554.

mesmo pelo temor do desemprego, que já atinge imensuráveis parcelas da humanidade, empurradas a condições subumanas de existência e condenadas ao ócio obrigatório, numa ordem social que já os considera supérfluos.

De forma idêntica, o próprio conceito de soberania (surgido nos séculos XVI e XVII) como atributo das entidades estatais-nacionais é (de certa maneira) um conceito pertencente ao mundo intelectual pré-capitalista, afinal “los Estados-nación, sometidos a las exigencias del sistema imperial y a las de la *lex mercatoria*, se convierten en agentes de ambas coerciones sobre las personas las que ejercen su dominio”.⁷⁴

É evidente que “la mundialización práctica del proceso productivo bajo la forma capitalista, con el surgimiento de grandes empresas multinacionales, ha encontrado su estructura política de apoyo en la forma imperial contemporánea”⁷⁵, afinal já não se trata da estrutura de domínio político presidida por uma série de Estados soberanos que perdurou até o começo da segunda metade do século XX, senão de uma estrutura política imperial que apresenta características híbridas, pois em seu seio seguem existindo e desempenhando grande parte de suas funções de Estados-nação, ainda que algumas importantes políticas já não são decididas pelos Estados, mas, simplesmente, aplicadas por eles.

Em consequência, o poder económico empresarial é absoluto nos centros de trabalho “donde no hay derecho de libertad que valga, no hay libertad de expresión, ninguna decisión productiva que votar, etc.: ese poder selecciona a los trabajadores, les señala las ocupaciones y ritmos específicos sin indagar preferencias, establece las sanciones y promociones, decide los despidos”.⁷⁶ É o que Juan Ramón Capella classifica de *ciudadãos livremente servos* aonde o catálogo de horrores do mundo hodierno, das relações sociais universalizadas, ante as quais os cidadãos (seres humanos) carecem de poder, aonde os seres humanos foram dotados de cidadania por um Estado que já não é mais soberano e que está

⁷⁴ RAMÓN CAPELLA, Juan. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Trotta, 1993, p. 107. Tradução: “os Estados-nação, submetidos às exigências do sistema imperial e as da *lex mercatoria*, se convertem em agentes de ambas coerções sobre as pessoas a que exercem seu domínio”.

⁷⁵ Idem, p. 107. Tradução: “a mundialização pratica o processo produtivo sob a forma capitalista, com o surgimento de grandes empresas multinacionais, encontrando sua estatura política de apoio na forma imperial contemporânea”.

⁷⁶ Idem, p. 146. Tradução: “onde não há direito de liberdade que valha, não há liberdade de expressão, nenhuma decisão produtiva para votar, etc.: esse poder seleciona os trabalhadores, os indica as ocupações e ritmos específicos sem indagar preferências, estabelece sanções e promoções, decide as demissões”.

nas mãos de outro poder, superior e distinto, supraestatal e internacional, essencialmente antidemocrático que persegue a todo custo seus fins particulares.

E, segue o catedrático espanhol:

los ciudadanos siervos son los sujetos de los derechos sin poder. De la delegación en el Estado y el mercado. De la privatización individualista. Los ciudadanos se han doblado en siervos al haber disuelto su poder, al confiar sólo al Estado la tutela de sus derechos, al tolerar una democratización falsa y insuficiente que no impide al poder político privado modelar la voluntad estatal.⁷⁷

Assim, os seres humanos têm nos direitos de cidadania uma fonte de legitimidade, mas não uma fonte de poder. Deve ser repensada também a consistência e a legitimidade conceitual da ideia de soberania do ponto de vista da teoria do direito.

Sim, pois, a concepção de soberania como poder supremo que não reconhece outro acima de si está – de certa maneira – esvaziada e deve ser radicalmente mudado. Seja a soberania interna, seja a externa. Deveras, o modelo de estado de direito (onde os poderes ficam subordinados à lei) e a respectiva doutrina liberal que impõe os limites da atividade estatal equivalem a uma concepção de negação da soberania. De fato, adverte Luigi Ferrajoli, a divisão dos poderes, o princípio de legalidade e direitos fundamentais correspondem a (outras tantas) limitações e, em última análise, negações da soberania interna⁷⁸. De forma idêntica, explica o autor italiano, “graças a esses princípios, a relação entre Estado e cidadãos já não é uma relação entre soberano e súditos, mas sim entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada”.⁷⁹ E não se diga que as constituições estabelecem a soberania popular como forma de poder, uma vez que se trata de simples homenagem verbal ao caráter democrático (e representativo) dos atuais ordenamentos.

Nos ordenamentos internos dos Estados liberais-democráticos os antigos direitos naturais são consagrados e positivados pelas constituições como universais (com base na igualdade de todos os seres humanos, no entanto “coincidindo seu universo jurídico-positivo com o do ordenamento interno do Estado, os direitos do homem acabam de fato por se

⁷⁷ Idem, p. 152. Tradução: “os cidadãos servos são os sujeitos dos direitos sem poder. Da delegação no Estado e no mercado. Da privatização individualista. Os cidadãos se dobraram em servos ao dissolver seu poder, ao confiar somente ao Estado a tutela de seus direitos, ao tolerar uma democratização falsa e insuficiente que não impede ao poder político privado modelar a vontade estatal”.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 28.

⁷⁹ Idem, p. 28.

achatar sobre os direitos do cidadão. Dessa forma, a cidadania, se internamente representa a base da igualdade, externamente age como privilégio”.⁸⁰

Em relação a soberania externa, que sempre foi entendida e justificada como necessária à defesa contra inimigos externos, o modelo começa a dar sinais de falência no período compreendido entre os dois grandes conflitos mundiais (1914-1945) e acaba sendo aniquilado com a aprovação pela ONU da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Os sistemas normativos elaborados ocasionaram na redução da liberdade absoluta e selvagem da soberania externa e interna dos Estados a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e tutela dos direitos humanos⁸¹.

O direito internacional muda estruturalmente a partir da criação da ONU e da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, visto que os direitos humanos – antes apenas constitucionalizados – foram dotados de um valor supraestatal que impôs limitação externa ao poder dos Estados. Afinal, “basta pensar para dimensionar no plano teórico a mudança ocorrida, o quanto teria sido impensável, antes da Carta da ONU, o recurso de um cidadão contra o próprio Estado perante uma jurisdição internacional”.⁸²

Sem dúvida, leciona Luigi Ferrajoli, o que entrou em crise é o Estado nacional unitário e independente, cuja identidade, colocação e função precisam ser repensadas à luz da atual mudança, de fato e de direito, das relações internacionais⁸³. E, segue o italiano:

o Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supraestatais ou extraestatais (...) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade –, que no passado tinham sido motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional.⁸⁴

Enfim, o Estado revela-se pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia

⁸⁰ Idem, p. 35.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006, p. 144.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41-42.

⁸³ Idem, p. 45.

⁸⁴ Idem, p. 48-49.

e às interdependências estatais. Analisando sobre o que fazer com a soberania, Milton Santos afirma que o processo de globalização produziu um território nacional da economia internacional, ou seja, “o território continua existindo, as normas públicas que o regem são da alçada nacional, ainda que as forças mais ativas do seu dinamismo atual tenha origem externa”.⁸⁵ É que a ideia de soberania hoje é outra em razão do atual sistema transgressor de âmbito planetário cujo exercício violento acentua a porosidade das fronteiras (graças, em grande parte, pela informação e pela finanças que se desenvolvem às maravilhas em razão da técnica contemporânea). Nesta linha, embora reconheça que o Estado altere suas regras e feições num jogo combinado de influências externas e realidades internas, o geógrafo brasileiro (ao contrário de Luigi Ferrajoli) entende que o Estado nacional continua forte e que não há apenas um caminho e este não é o obrigatoriamente o da passividade, afinal “a cessão de soberania não é algo natural, inelutável, automático, pois depende da forma como o governo de cada país decide fazer sua inserção no mundo da chamada globalização”⁸⁶.

Por esta razão Milton Santos fala de corrigir os rumos equivocados e fazer triunfar os interesses da nação, ao passo que Luigi Ferrajoli propõe um constitucionalismo mundial⁸⁷ (ou constitucionalismo de direito internacional). No entanto, ambos autores reconhecem o esvaziamento da noção de soberania no mundo atual.

Em relação aos direitos humanos, o impacto produzido pelo enfraquecimento da soberania nacional ocasionou, segundo Joaquín Herrera Flores:

a perda de soberanias nacionais em favor de poderes privados e corporativos de tanta envergadura que nem mesmo a ficção científica pôde prever, a reorganização da produção em nível global, com toda sucessão de desregulamentações, privatizações e desafios às organizações sindicais e de classe, são fenômenos, entre muitos outros, que desequilibram os conceitos que tradicionalmente serviram para compreender a radicalidade da ideia de direito e de direitos humanos.⁸⁸

Com efeito, este fluxo do processo de globalização e os efeitos do pensamento neoliberal ocasionam na adoção – seja por opção, seja por falta dela – de critérios de valores que contribuem para o aumento das problemáticas mundiais.

⁸⁵ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006, p. 76.

⁸⁶ Idem, p. 78.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006, p. 152-158.

⁸⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 26.

É dizer: consumismo, egoísmo, naturalização das coisas, visão enganosa da democracia: “a massificação causou grandes estragos, já é difícil encontrar originalidade nas pessoas, e um processo idêntico se realiza nos povos, pela chamada globalização”.⁸⁹ Essa ideia de que a iniciativa individual e os interesses particulares são o ponto de partida e o motor da capacidade econômica ocasiona na destruição dos elos sociais, no individualismo egoísta, na competição descontrolada e na luta brutal pela sobrevivência.

Os reclamos de Ernesto Sabato são dignos de menção:

também não é possível vivermos em comunidade quando todos os vínculos se baseiam na competição. É inegável que ela faz aumentar o rendimento de certas pessoas, que se sentem incentivadas pelo desejo de triunfar sobre as outras. Mas não podemos nos enganar, a competição é uma guerra não armada, e como toda guerra se baseia num individualismo que nos separa dos demais, que se tornam os rivais a combater. Se tivéssemos mais senso de comunidade, nossa história seria bem outra, e assim também o sentido da vida que desfrutaríamos.⁹⁰

Um mundo ressecado pela competição e pelo individualismo, onde quase não há lugar para os sentimentos nem para o diálogo entre os homens e mulheres. E, continua o argentino, “quando a multiplicidade de culturas relativiza os valores e a globalização esmaga com seu poder, impondo uma arrogante uniformidade, o ser humano, em seu desconcerto, perde o senso dos valores e de si mesmo e já não sabe em quem ou em que acreditar”.⁹¹

Desta forma, a globalização, no tocante àquilo que se convencionou chamar de direitos humanos, por um lado, utilizou o global para impor determinada perspectiva sobre alguns fenômenos e obrigar a todos que aceitem tal modelo de desenvolvimento, e, por outro lado, promoveu a articulação de instrumentos de separação e divisão entre pessoas que, em sua imensa maioria, saiu prejudicadas no reparto desigual dos bens.

É que, segundo David Sánchez Rubio, “la lógica del mercado es incompatible con la lógica de los derechos universales de los seres humanos”.⁹² Neste contexto, a política dos direitos humanos é posta perante novos desafios e novas tensões. A efetividade dos direitos humanos tem sido conquistada em processos políticos de âmbito nacional e por isso a

⁸⁹ SABATO, Ernesto. *A resistência*. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 70.

⁹⁰ Idem, p. 77.

⁹¹ Idem, p. 39.

⁹² “a lógica do mercado é incompatível com a lógica dos direitos universais dos seres humanos”. (tradução livre). SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilha: Editorial MAD, 2007, p. 90.

fragilização do Estado-nação pode acarretar consigo a fragilização dos direitos humanos. Assim está de fato a suceder sobretudo ao nível dos direitos econômicos e social.

1.4 2º contradição: universalismo de chegada (cosmopolitismo insurgente).

Estamos em um novo contexto de práticas sociais e teóricas que mostram seu caráter antagonista à globalização do capital, entendida por alguns – como vimos acima – como um processo natural ao qual há que se adaptar ou morrer. No entanto, ressalta Herrera Flores, ao concluir com os elementos que conformam a atual fase de transição do capital, “essas práticas sociais e teóricas ainda não desfrutam das necessárias condições de possibilidades materiais para implementar suas propostas alternativas”.⁹³

Por isso a importância de uma leitura sintomática que enfrente a “ideologia-mundo” desde seu próprio terreno, o qual não é outro que não o da própria ideologia. Em termos gerais, essa falácia ideológica naturalista tenta “apresentar como uma questão de lógica racional o que não é mais que um produto ideológico e político de claras motivações conservadoras do ‘status quo’ imposto pelas relações do capital”.⁹⁴

Com isso, o processo da “ideologia-mundo” baseado na falácia ideológica fecha-se sobre si mesmo e pode apresentar-se diante de qualquer forma de vida como o universal e o racional, sejam quais forem os elementos do contexto que primem em um determinado momento espaço-temporal. Por isso, finaliza Herrera flores, “a ideologia dos direitos humanos universais e descontextualizados é tão funcional aos interesses expansivos e globalizadores do modo de relação baseado no capital”.⁹⁵

Urge, pois, apresentar novas alternativas de racionalidade. Leituras e reflexões que nos mostrem que a referida clausura não é tal, que ela está cheia de contradições e

⁹³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 176-177.

⁹⁴ Idem, p. 177-178.

⁹⁵ Idem, p. 178.

rupturas, de descontinuidades e, sobretudo, de espaços de possibilidade concretas de uma nova forma de pensar que ampare as práticas sociais.

Temos assim o paradoxo de, numa era frenética de capitalismo global, o principal resultado da revolução é reduzir a dinâmica social à imobilidade – o preço a ser pago pela exclusão da rede capitalista, acarretando – como afirma Slavoj Žižek – como “resultado último da subjetivação global não é o desaparecimento da realidade objetiva, mas o desaparecimento de nossa própria subjetividade, que se transforma num capricho fútil, enquanto a realidade social continua seu curso”.⁹⁶

Para Boaventura de Sousa Santos, aquilo que habitualmente chamamos de globalização, são, de fato, conjuntos diferenciados de relação sociais que dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Por isso, afirma Boaventura, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização, existem, em vez disso, globalizações, entendendo por globalização como “o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”.⁹⁷

Neste sentido, seriam quatro formas ou processo de globalização que dão origem a dois modos de produção de globalização: “localismo globalizado”, “globalismo localizado”, “cosmopolitismo insurgente” e “patrimônio comum da humanidade”.

O “localismo globalizado” é o processo pelo qual determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito local é globalizado com sucesso, sendo que o que se globaliza é o vencedor de uma luta pela apropriação ou valorização de recursos, pelo conhecimento hegemônico de uma dada diferença cultural, racial, sexual, étnica, religiosa ou regional, ou pela imposição de uma determinada ordem internacional. Por sua vez, o “globalismo localizado” é o impacto produzido especificamente nas condições locais das práticas e imperativos transnacionais que emergem dos “localismos globalizados”, porque para responder a estes imperativos transnacionais, as condições locais são desintegradas,

⁹⁶ ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 105.

⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 438.

marginalizadas, excluídas, desestruturadas e, eventualmente, reestruturadas sob a forma de inclusão subalterna. Estas duas formas de globalização, que operam em conjunção e constituem o primeiro modo de produção de globalização, são classificadas por Boaventura como “globalização hegemônica”, neoliberal, de “cima para baixo”, funcionando no seguinte padrão: “os países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos cabe tão-só a escolha entre várias alternativas de globalismos localizados”.⁹⁸

O “cosmopolitismo insurgente” na resistência transnacionalmente organizada contra os localismos globalizados e os globalismo localizados, tratando-se de um conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pela globalização neoliberal. O cosmopolitismo está associado com as ideias de universalismo desenraizado, individualismo, cidadania mundial e negação de fronteiras territoriais ou culturais. O “cosmopolitismo insurgente” refere-se à aspiração por parte dos grupos oprimidos de organizarem a sua resistência e consolidarem as suas coligações à mesma escala em que a opressão crescentemente ocorre, ou seja, à escala global. E, por fim, o “patrimônio comum da humanidade” consiste na emergência de lutas transnacionais por valores, ou recursos que, pela sua natureza, são tão globais como o próprio planeta, a exemplo da sustentabilidade da vida humana na terra (temas ambientais). Estas outras duas formas de globalização, que constituem o segundo modo de produção de globalização, são classificadas como globalização “contra-hegemônica”, alternativa ou de “a partir de baixo”.

As concepção e políticas conflitantes de direitos humanos, longe de se encontrarem acima destas lutas e formas de globalização, são um componente importante delas. O alerta de Boaventura de Sousa Santos é que “a complexidade dos direitos humanos reside em que estes podem ser concebidos e praticados, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolitismo insurgente, por outras palavras, quer como globalização hegemônica, quer como globalização contra-hegemônica”⁹⁹.

⁹⁸ Idem, p. 438.

⁹⁹ Idem, 441.

Assim, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais em abstrato, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica.

É que essa visão abstrata induz a reduzir os direitos a seu componente jurídico como base de seu universalismo “*a priori*” (ou universalismo de partida).

Para poderem operar como forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como interculturais. Por este motivo que Joaquín Herrera Flores propõe que os direitos humanos sejam entendidos como produtos culturais (e não ideológicos), podendo nos servir de “armas de antagonismo sempre e quando saíamos do círculo hermenêutico da falácia ideológica (...) se situam no meio dessas propostas, evitando em todo momento ficar reduzidos a meras pautas jurídicas de decisão judicial ou elevar-se aos céus estrelados da indecisão humana”.¹⁰⁰

Necessitamos entender os direitos humanos não só pela concepção tradicional que dita seu conceito universal e natural, mesmo quando grande parte da população é excluída do processo social, mas, ao contrário, compreender que não há somente uma teoria sobre esses direitos e que podem coexistir várias concepções diferentes. Os direitos não são prévios à construção de condições sociais, econômicas, políticas e culturais que propiciam o desenvolvimento e sua apropriação nos contextos em que se situam. O que não podemos aceitar como natural é um universalismo como ponto de partida (humanismo abstrato) que justifica as raízes dos direitos humanos na própria natureza da condição humana e os considera prévios aos contextos socioculturais onde se encontram e são superiores a sociedade e ao Estado, mas, ao revés, devemos fazer da característica da universalidade um ponto de chegada, por meio da criação de condições (não de imposições ou exclusões) para o desenvolvimento das potencialidades humanas.

Com efeito, a luta pelos direitos humanos e suas respectivas garantias devem abrir e consolidar espaços e opções em direção de um mundo menos injusto e cruel, como

¹⁰⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 178-179.

mecanismo de apelação e enfrentamento contra a adversidade consciente (e/ou inconsciente) provocada desde as múltiplas e variadas expressões de poder.

Sob essa ótica, na concepção estabelecida por Joaquín Herrera Flores, não descarta a possibilidade de se falar em universalidade dos direitos, desde que tal conceito não seja admitido como uma realidade dada e acabada, mas que se apresente como uma proposta a ser alcançada num processo infundável de lutas a que ele denomina de universalidade de chegada ou universalismo de confluência. É dizer, em vez de universalizar uma concepção dos direitos, o universalismo que se defende por meio desse critério não é um universalismo de partida, mas um universalismo de chegada, em que todas as culturas podem oferecer suas opções, discutindo num plano de igualdade.

O que não pode ser aceito é considerar o universal como ponto de partida ou como campo de desencontros. Ao universal, há que se chegar depois de um processo de luta discursivo, de diálogo ou de confrontação em que se rompam os preconceitos e as linhas paralelas (universalismo de chegada ou pluriversalismo de confluência). Falamos de um universalismo que não se imponha, de um modo ou de outro, à existência e à convivência, mas sim que se descubra no transcorrer da convivência interpessoal e intercultural, ou melhor, “aquele que cria condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas, de um poder constituinte difuso que se componha não de imposições ou exclusões, mas sim de generalidades compartilhadas às quais chegamos, não das quais partimos”.¹⁰¹

Por essa razão, afirma David Sánchez Rubio, seria melhor falar de particularidades concretas tensionadas de universalidade, com projeção de generalidade y que se expressam segundo as tramas sociais de cada cultura, se tratando não de um universalismo “sino de un pluriversalismo de confluencia, abierto desde sus distintas procedencias a un permanente diálogo y a un continuo proceso de construcción sin imposiciones etnocéntricas y homogénicas”.¹⁰² No entanto, o próprio filósofo espanhol reconhece a dificuldade e os riscos da adoção desta pluriversalidade dialógica e de confluência, contudo “ese lugar lleno de

¹⁰¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 164.

¹⁰² “senão de um pluriversalismo de confluência, aberto desde suas distintas procedências a um permanente diálogo e a um contínuo processo de construção sem imposições etnocêntricas e homogênicas”. (tradução livre). SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Editorial MAD, 2007, p. 102.

riesgos, incertidumbres, avances y retroceso podemos encontrarlo en distintas versiones sobre la dignidad y en la figura de derechos humanos que hay que articular sin la intención de homogenizar con una idea de unidad, sino respetando las diferencias y su base relacional e histórica”.¹⁰³ Esclarecendo, ademais, que quando falamos de universalidades fazemos não em um sentido abstrato, mas, ao contrário, como expressões situacionais que nascem e se desenvolvem desde o comportamento humano e como testemunho dos seres humanos que lutam pela dignidade e suas consequências, não somente desde os discursos e teorias – que são uma parte mínima da experiência humana e social.

Essa racionalidade de resistência conduz, então, a um universalismo de contrastes, de entrecruzamentos, de mesclas. Um universalismo impuro que pretende a inter-relação mais que a superposição e que não aceita a visão microscópica de nós mesmos que é imposta pelo universalismo de partida. Um universalismo que nos sirva de impulso para abandonar todo tipo de posicionamento, cultural ou epistêmico, a favor de energias nômades, migratórias, móveis, que permita nos deslocarmos pelos diferentes pontos de vista sem pretensão de negar-lhes, nem de negar-nos, a possibilidade de luta pela dignidade humana. Por isso, propomos uma prática não universalista nem multicultural, mas sim intercultural.

Toda prática cultural é, em primeiro lugar, um sistema de superposições entrelaçadas, não meramente sobrepostas. Esse entrecruzamento nos conduz a uma prática dos direitos que estão inseridos em seus contextos, vinculados aos espaços e às possibilidades de luta pela hegemonia e em estreita conexão com outras formas culturais, de vida, de ação, etc. Em segundo lugar, nos induz a uma prática social nômade que não procura impor “pontos finais” ao extenso e plural conjunto de interpretações e narrações humanas.

Uma prática que nos discipline na atitude de mobilidade intelectual absolutamente necessária em uma época de institucionalização, arregimentação e cooptação globais. Por último, caminharíamos para uma prática social híbrida¹⁰⁴.

¹⁰³ “esse lugar cheio de riscos, incertidões, avanços e retrocessos podemos encontra-lo em distintas versões sobre a dignidade e na figura dos direitos humanos que há que articular sem a intenção de homogeneizar com uma ideia de unidade, senão respeitando as diferenças e sua base relacional e histórica”. (tradução livre). SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilha: Editorial MAD, 2007, p. 102.

¹⁰⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 165-166.

Assim, o único universalismo válido consistiria no respeito e na criação de condições sociais, econômicas e culturais que permitam e potencializem a luta pela dignidade ou, em outras palavras, na generalização do valor da liberdade, entendida esta como a propriedade dos que nunca contaram na construção das hegemonias.

Os objetivos políticos de tais lutas são emancipatórios e por vezes explícita ou implicitamente anticapitalistas, como bem lembra Boaventura de Sousa Santos, isto querendo dizer que, paralelamente aos discursos e práticas que fazem dos direitos humanos um localismo globalizado, tem vindo a desenvolver-se discursos e práticas contra-hegemônicas que, além de verem nos direitos humanos uma arma de luta contra a opressão de condições geoestratégicas, avançam propostas de concepções não-ocidentais de direitos humanos e organizam diálogos interculturais sobre os direitos humanos e outros princípios de dignidade humana, sendo que “a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e a prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, num projeto cosmopolita insurgente”.¹⁰⁵

1.5 3º paradoxo: do lugar comum (da essência dos direitos humanos)

Ao tratar sobre a ordem simbólica e o poder de nomeação, Pierre Bourdieu sustenta que na luta simbólica pela produção do senso comum ou, mais precisamente, pelo monopólio da nomeação legítima como imposição oficial – isto é, explícita e pública – da visão legítima do mundo social, os agentes investem o capital simbólico que adquiriram nas lutas anteriores e sobretudo todo o poder que detêm sobre as taxinomias instituídas (títulos)¹⁰⁶.

Assim, segue o pensador francês, todas as estratégias simbólicas por meio das quais os agentes procuram impor sua visão das divisões do mundo social e da sua posição nesse mundo podem situar-se entre dois extremos: “o insulto, *ideos logos* pelo qual um simples particular tenta impor o seu ponto de vista correndo o risco da reciprocidade; a nomeação oficial, ato de imposição simbólica que tem a seu favor toda a força do coletivo, do

¹⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 445.

¹⁰⁶ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: 2007, p. 146.

consenso, do senso comum, porque ela é operada por um mandatário do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica legítima”.¹⁰⁷

No lado da nomeação oficial, está o ponto de vista autorizado de um agente autorizado, a título pessoal, como certo grande crítico, certo prefaciador de prestígio ou certo autor consagrado e, sobretudo, o ponto de vista legítimo do porta-voz autorizado, do mandatário do Estado. A nomeação oficial vale em todos os mercados e que, enquanto definição oficial da identidade oficial, subtrai os seus detentores à luta simbólica de todos contra todos, dando acerca dos agentes sociais a perspectiva autorizada, reconhecida de todos, universal (em nosso caso a universalidade imposta pelo localismo globalizado).

Analisando o caso específico do direito, Bourdieu sedimenta que não se pode ignorar a estrutura dos sistemas simbólicos e, neste particular, a forma específica do discurso jurídico, uma vez que o direito, via de regra, é reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominantes, afinal a ciência jurídica tal como a concebem os juristas e, sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito com a história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e dos seus métodos, apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna. A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social¹⁰⁸. Justamente, por isso:

as práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.¹⁰⁹

A maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem com efeito para produzir dois efeitos maiores.

¹⁰⁷ Idem, p. 146.

¹⁰⁸ Idem, p. 209.

¹⁰⁹ Idem, p. 211.

O efeito de neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo.

O efeito de universalização é obtido por meio de vários processos convergentes; o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado e do presente intemporal próprios para exprimirem a generalidade da regra do direito: a referência a valores transubjetivos que pressupõem a existência de um consenso ético; o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais.

Esta “retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização”.¹¹⁰

Herrera Flores nos alerta que os direitos humanos se converteram em um lugar comum generalizável a qualquer forma de luta contra a injustiça ou a opressão. Mas tal conversão se baseou no pior dos sentidos sob os quais se pode entender o termo lugar comum, porque “em vez de nos propor um lugar de encontros de diferenças e de novas formas de atuar em prol da dignidade, nos impõe formas de atuar pré-estabelecidas e aparentemente universais que os seres humanos têm pelo mero fato de ser seres humanos”.¹¹¹ Lugar comum este que se propõe como universal, mas está composto, sobretudo, por indivíduos particulares que estão dotados magicamente de direitos e entre os quais prevalece uma concepção reduzida de liberdade como autonomia.

Para Helio Gallardo a referida transformação dos direitos humanos em lugar comum se deu basicamente, no campo político, com a tese de Norberto Bobbio quando afirma

¹¹⁰ Idem, p. 216.

¹¹¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43.

que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.¹¹² É que Bobbio, como sustenta o próprio Gallardo, “traslada la noción de derechos humanos de su tradicional ámbito, en apariencia fundacional, filosófico y ético, donde remite a ‘valores’, ubicándola en el campo político, en el cual pugnan fuerzas sociales. Este desplazamiento no hace desaparecer el contenido ético de derechos humanos, por ejemplo, pero lo resignifica”.¹¹³

Desta forma, o estudo dos direitos reside no esforço que o autor italiano aplicou durante toda sua vida pelo efetivo cumprimento dos direitos já conseguidos, entretanto, como leciona Herrera Flores, o que está latente, talvez como consequência perversa de sua tese, é a desconfiança e desprezo por todo tipo de argumentações críticas e de enfoques de novas problemáticas que aproximem os direitos dos contextos cambiantes que atravessam em cada época histórica¹¹⁴. Todas nossas forças devem estar atentas à tarefa fundamental: coloca-los em prática. Mas não os pensemos mais, ou seja, não criemos mais problemas a única e universal, “ora, porque tais fundamentações tradicionais são consideradas como as verdadeiras de uma vez por todas e qualquer proposta alternativa é considerada como tendente ao totalitarismo ou à irracionalidade”.¹¹⁵

O problema de não reconhecer a capacidade de criar, desenvolver e disfrutar direitos a determinados grupos humanos está conectado, de alguma maneira, com o excessivo peso que se outorga tanto ao que se supõe ser o momento histórico no qual surgiram os direitos humanos individuais e os coletivos.

Se afirma que, já que nasceram e surgiram em sua máxima expressão, já se deram para sempre, contudo “mediante procesos de abstracción se han mantenido sus estructuras congeladas para establecerlas como molde y patrón, y se han aplicado sobre otras secuencias espacio-temporales, invisibilizando tanto la dinámica y los conflictos implicados como los

¹¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

¹¹³ “translada a noção de direitos humanos de seu tradicional âmbito, em aparência fundacional, filosófico e ético, onde remete a ‘valores’, situando-a no campo político, no qual pugnam forças sociais. Este deslocamento não faz desaparecer o conteúdo ético de direitos humanos, por exemplo, mas o resignifica”. (tradução livre). GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008, p. 09.

¹¹⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 44-45.

¹¹⁵ Idem, p. 45.

nuevos problemas que se han ido presentando”.¹¹⁶ Resultando, assim, que se utiliza a mesma lógica localista e funcional da universalidade dos direitos humanos para negar-lhes àqueles que tentam abrir parcelas e espaços de luta por uma vida mais digna de ser vivida.

Devemos, portanto, como sugere Joaquín Herrera Flores, “ir de novo ao conceito e aos fundamentos dos direitos escrevendo e investigando sobre eles, mas sempre e a todo momento trabalhando em atenção às vítimas das injustiças e opressões e com o objetivo genérico de reinventar a vida de todas e todos em função da dignidade”.¹¹⁷

1.6 3ª contradição: os direitos humanos como convenções humanas.

O escritor brasileiro Manoel de Barros, ao elaborar sua “didática da invenção”, revelou com sua poesia que os nomes são convenções humanas, meros produtos de nossas atividades. Diz o poeta que “o rio que fazia uma volta atrás da nossa casa era a imagem de um vidro mole. Passou um homem e disse: Essa volta que o rio faz se chama enseada. Não era mais a imagem de uma cobra de vidro que fazia uma volta atrás da casa. Era uma enseada. Acho que o nome empobreceu a imagem”.¹¹⁸

A discussão sobre a convencionalidade dos nomes e sua essência foi igualmente apresentada por Platão no diálogo travado entre Hermógenes e Crátilo. O debate, mediado por Sócrates, centraliza-se nas duas teorias sobre a origem e a correção dos nomes.

De um lado, sustentando a teoria convencionalista no sentido de que cada um dos seres tem um nome correto que lhe pertence por natureza, Hermógenes afirma que não se pode deixar persuadir que a correção dos nomes seja outra coisa para além da convenção e do acordo, acrescentando que “nenhum nome pertence por natureza a nenhuma coisa, mas é estabelecido pela lei e pelo costume daqueles que o usam, chamando as coisas”.¹¹⁹

¹¹⁶ “mediante processo de abstração se mantiveram suas estruturas congeladas para estabelece-las como modelo e padrão, e se aplicaram sobre outras sequências espaços-temporais, invizibilizando tanto a dinâmica e os conflitos implicados como os novos problemas que vão se apresentando”. (tradução livre). SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilha: Editorial MAD, 2007, p. 92.

¹¹⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48.

¹¹⁸ BARROS, Manoel de. *O livro das ignorâncias*. São Paulo: Record, 2009, p. 25.

¹¹⁹ PLATÃO. *Crátilo*. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 44.

Desse modo, o nome que alguém puser a alguma coisa será o nome correto e, se de novo o mudar e já não lhe chamar como antigamente, o segundo (e novo) nome será tão correto quanto o primeiro. A arbitrariedade dos nomes na visão de Hermógenes permite que todas as pessoas possam exercer a função de nomear as coisas, não sendo tarefa exclusiva da natureza, divindade e/ou entidades. Sócrates, antes de passar a palavra para Crátilo, intervém e refuta a posição convencionalista de Hermógenes e aborda uma teoria diferenciada para a correção dos nomes, segundo a qual o ato de nomear é definido a partir da finalidade de dizer as coisas e, portanto, “as coisas devem ser nomeadas como lhes pertence por natureza serem nomeadas e por meio do que devem sê-lo, e não como nós queremos, e assim, faremos e nomearemos melhor, mas de outra maneira não”.¹²⁰

O nome é, então, um instrumento de ensino e de distinção da entidade.

Ao adotar tal posição Sócrates sustenta que a tarefa de nomear as coisas é atribuída com exclusividade ao “legislador dos nomes” e “dar nomes não é para todos os homens, mas para aquele que é o dador dos nomes, e parece-me que este é o legislador dos nomes, que é o mais raro dos artistas que surgem entre os homens”.¹²¹

A atribuição dos nomes arrisca-se a não ser uma coisa desprovida de importância, como quer Hermógenes, nem para qualquer pessoa e finaliza Sócrates: “os nomes pertencem às coisas por natureza e nem todas as pessoas são artífices dos nomes, mas só aquele que fixa os olhos no nome que é, por natureza, o nome de cada coisa é capaz de impor sua forma às letras e às sílabas”.¹²² Três consequências do discurso de Sócrates podem ser nitidamente percebidas: (a) os nomes pertencem por natureza às determinadas coisas; (b) não é qualquer pessoa que pode criar os nomes; e (c) o “legislador dos nomes”, visando o nome natural de cada coisa a molda por meio de letras e sílabas.

No entanto, tais argumentos só reforçam a ideia inicial de Hermógenes que segue argumentando que cada membro de uma comunidade poderá sempre nomear as coisas a seu bel-prazer e com toda propriedade, uma vez que “não há outra correção dos nomes senão

¹²⁰ Obra citada, p. 48.

¹²¹ Obra citada, p. 51.

¹²² Obra citada, p. 53.

esta, ser cada coisa para mim chamada por um nome, aquele que eu lhe pus, e para ti por outro, aquele que tu lhe puseste, e da mesma maneira vejo as cidades atribuírem nomes particulares às mesmas coisas”.¹²³

Crátilo intervém no debate e após refutar a tese central do naturalismo trava intenso diálogo com Sócrates que, ao trabalhar com a exigência do saber para aportar sua crítica às teorias sobre a correção dos nomes, extrai que a realidade das formas é instituída como modelo que os nomes devem imitar, até porque – nestes termos afirma Sócrates a Crátilo – é provável que não possamos falar de saber se todas as coisas mudam e nada permanece e se estiver sempre em mutação nunca haverá saber.

Mas “se houver sempre aquele que sabe, também haverá aquilo que é sabido, e também haverá o belo, e também haverá o bem, e também haverá cada um dos seres, e não me parece que eles sejam semelhantes, estes de que temos estado a falar, a qualquer fluxo e a qualquer mobilidade”.¹²⁴ A tarefa de Platão, utilizando-se do mediador Sócrates e seus interlocutores Hermógenes e Crátilo, consiste em determinar se a origem dos nomes é arbitrária/convencional ou natural, ou seja, se existe alguma relação natural entre os nomes e os significados atribuídos a eles ou se eles são desprovidos de qualquer sentido metafísico.

O filósofo brasileiro Mario Sergio Cortella explica que a obra é marcada por um encontro que Platão teve com o pensador Crátilo e suas ideias de que nada é estável, pois tudo na vida é fluidez e mudança constante, de modo que Platão procura a todo tempo em seus diálogos “conciliar e explicar a presença do provisório e do permanente, do passageiro e do duradouro, do mutável e do imutável”.¹²⁵

A questão central reside em saber se os nomes realmente significam o que as coisas são, descrevendo e explicando verdadeiramente a realidade. Essa é a grande preocupação da filosofia da linguagem segundo Marilena Chaui, no entanto, adverte a autora, que a relação binária entre signo verbal (nome) e a coisa indicada (realidade) “não nos explica por que uma palavra ou um signo verbal indica alguma coisa ou alguma ideia, pois, se ele fosse

¹²³ Obra citada, p. 46.

¹²⁴ Obra citada, p. 124-125.

¹²⁵ CORTELLA, Mario Sergio. *Não espere pelo epitáfio: provocações filosóficas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2010, p. 71.

simplesmente denotativo ou indicativo, não poderia haver o caso, muito comum, de palavras diferentes indicando uma mesma coisa”.¹²⁶

Assim, a relação dos signos e significantes com as coisas é convencional, ou seja, as palavras são escolhidas por convenção entre os homens, os quais poderiam convencionar palavras diferentes das que escolheram.

O perigo está no fato de que, uma vez “constituída a língua como sistema de relações entre signos/significantes e significados, a relação das palavras com as coisas indicadas, nomeadas, expressadas ou comunicadas por elas torna-se uma relação necessária para todos os falantes da língua”¹²⁷, existindo uma relação contínua e “aparentemente” natural entre as palavras e as coisas, entre elas e as significações, de tal modo que a realidade (os fatos, as instituições sociais, políticas e culturais), o pensamento (as ideias ou conceitos como significações) e a linguagem (as palavras e os significantes).

Analisando as ideias de Platão, Marilena Chaui destaca que a linguagem e os nomes possuem três sentidos principais: remédio, cosmético e veneno. Quando utilizada para revelar nossa ignorância e permitir nosso aprendizado a linguagem atua como medicamento. Na função de cosmético os nomes podem servir para dissimular ou ocultar a verdade sobre as coisas. E, na sua característica mais ardilosa, a linguagem serve de veneno quando – pela sedução das palavras – nos faz aceitar, fascinados com o que vimos ou lemos, sem que indaguemos se tais palavras e nomes são verdadeiros ou falsos¹²⁸.

Herrera Flores esclarece que no campo dos direitos humanos a influência de Crátilo foi imensa. Parece que apelar aos direitos humanos supõe aceitar que estamos diante de umas essências que sempre existiram, “que nos nomeiam desde sua transcendência e que alcançam um maior grau de legitimidade à medida que vão se afastando dos contextos sociais, políticos, econômicos e culturais onde necessariamente se dão as ações humanas”.¹²⁹ Desse modo, a influência platônica na cultura ocidental nos induz, em primeiro lugar, a bloquear a

¹²⁶ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2009, p. 155.

¹²⁷ Obra citada, p. 154.

¹²⁸ Obra citada, p. 148-149.

¹²⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 83.

possibilidade de produzir culturalmente os acordos (dado que torna absoluta uma determinada forma de relação social: a forma aristocrática, no caso platônico). E, em segundo lugar, a impedir a capacidade de transformação de ditas relações (ao cortar toda conexão entre estas e nossas reações culturais).

Contra o objetivo platônico, e por estarmos situados no marco dos processos culturais, nós afirmamos a convencionalidade de todo nome, de toda categoria e de todo procedimento. Todo nome, toda categoria e todo procedimento são produtos ou produções culturais e, como tal, estarão submetidos ao processo cultural, quer dizer, constituem reações simbólicas diante do conjunto de relações sob as quais vivemos com os outros, com nós mesmo e com a natureza¹³⁰. Por isso, as lutas a partir das quais nomeamos e transformamos as experiências são uma das questões mais fundamentais na hora de falar e praticar o que convencionalmente denominamos como direitos humanos.

1.7 Palavras finais: os direitos humanos como produtos culturais

No presente capítulo objetivamos estabelecer as bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos desde a perspectiva das lutas sociais. Para tanto, identificamos três paradoxos e contradições que nos permitem – cada qual no seu modo – perceber que a tendência expansiva da globalização do sistema de relações baseado no capital impôs uma ideologia-mundo sustentada na ideia de uma razão ilustrada universal absolutamente superior a qualquer outra forma de perceber e de atuar na realidade.

Urge, pois, entender os direitos humanos – não como imposição ideológica – como produto cultural que nos ofereça instrumentos para poder reagir política, social, jurídica e economicamente, irrompendo nos contextos concretos e propiciando as rupturas e descontinuidades necessárias para poder construir novos caminhos de dignidade.

Teorias que intensifiquem o desejo de potência que está latente sempre sob a capacidade humana de transformar o mundo e instituir novas formas de relação.

Disto nos ocuparemos no capítulo seguinte.

¹³⁰ Idem, p. 85.

CAPÍTULO 2 – Teoria crítica dos direitos humanos: das lutas aos direitos

teoria crítica como o instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora (Antonio Carlos Wolkmer).

peço a vocês que paremos para pensar na grandeza que ainda podemos pretender se ousarmos avaliar a vida de outra maneira. Peço a nós essa coragem que nos situa na verdadeira dimensão do homem. Todos, repetidas vezes, fracassamos. Mas há uma coisa que não falha, e é a convicção de que – unicamente – os valores do espírito podem nos resgatar desse terremoto que ameaça a condição humana (Ernesto Sabato).

2.1 Primeiras palavras: interregno e desorientação

No presente capítulo apresentaremos uma construção alternativa ao modo de conceituar, pensar e atuar os direitos humanos. Uma nova perspectiva que seja capaz de instrumentalizar a luta pela dignidade enquanto componente universal.

Por uma nova (re)criação de valores, rompendo com a concepção contemporânea dos direitos, por meio da adoção de uma consciência crítica e emancipadora, capaz de libertar a multidão oprimida para se tornar sujeito absoluto da história.

Se os direitos humanos constituem o principal desafio de nosso século e o atual contexto social, econômico, político e cultural revela o fracasso da universalidade desses direitos, é imperioso reconhecer que a temática dos direitos humanos no mundo contemporâneo passa necessariamente por sua redefinição teórica.

Objetivamos, pois, desestabilizar a concepção hegemônica dos direitos humanos através da adoção de uma teoria crítica que entende os direitos humanos como processos de luta e consolidação dos espaços da dignidade humana, para que se possa alcançar o

universalismo de chegada (não de partida!) em prol de melhores distribuições das riquezas e da eliminação das múltiplas exclusões nas quais vive uma imensidade de seres humanos.

Entender os direitos humanos como produtos culturais que possibilitam processos de reação alternativa e contextualizada aos entornos de relações em que vivemos. Para Herrera Flores, trabalhar com e para os direitos humanos supõe, pois, ir contra “a banalização das desigualdades e injustiças globais que um pensamento descompromissado e acrítico defende. Lutar contra essa banalização é o principal desafio que encontramos os que nos comprometemos teórica e praticamente com os direitos humanos”.¹³¹

Por isso urge reconhecer a função social do conhecimento, sobretudo um conhecimento que não esquece nem invisibiliza as condições nas quais se situa e as que pretende transformar. É que, como sugere Boaventura de Sousa Santos, “não pode haver conhecimento crítico e, por isso, não lhe caberá alguma função social à reflexão sobre os direitos humanos se não começamos pela crítica do próprio conhecimento”.¹³²

É que, de fato, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 fomos acostumados a denominar como direitos humanos os diferentes processos sociais, políticos e culturais que tenderam a positivar institucionalmente tanto as exigências de proteção cidadã contra a hegemonia do Estado sobre nossas vidas cotidianas como as demandas políticas de intervenção do mesmo Estado, com o objetivo de obstaculizar a manifestação irrestrita do mercado nas relações sociais e suas consequências, sejam elas intencionais ou não.

Por esta razão é que Joaquín Herrera Flores afirma que os direitos humanos “são algo mais que as normas que os reconhecem em escala nacional ou internacional, e algo menos que as propostas idealistas que repetem a existência de uma esfera moral externa aos seres humanos (...) falar de direitos humanos supõe enfrentar diretamente esse dualismo castrante que divide ideologicamente onde a própria realidade não pode distinguir”.¹³³

¹³¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 146.

¹³² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 29.

¹³³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 153.

Neste mundo onde há tanto para se criticar, porque se tornou difícil produzir uma teoria crítica? A referida pergunta lançada por Boaventura de Sousa Santos nos coloca diante da atual crise da racionalidade. É que “não parece que faltem no mundo de hoje situações ou condições que nos suscitem desconforto ou indignação e nos produzam inconformismo. Basta rever até que ponto as grandes promessas da modernidade permanecem incumpridas ou seu cumprimento redundou em efeitos perversos”.¹³⁴

Na tentativa de responder satisfatoriamente seu próprio questionamento Boaventura de Sousa Santos identifica alguns fatores que seriam responsáveis pela dificuldade atual em se construir uma teoria crítica, entre eles, o principal obstáculo estaria no fato de a teoria crítica moderna conceber a sociedade como uma totalidade e, como tal, realizar uma proposta alternativa total a sociedade que existe, resultando como consequência que os seus respectivos pressupostos são uma forma de conhecimento próprio total como condição de abarcar a totalidade social e um princípio único de transformação social pautado na ação de um agente coletivo igualmente único¹³⁵.

A concepção da sociedade como totalidade é uma construção social como qualquer outra. O que a distingue das construções rivais são os pressupostos em que assenta, por esse motivo o sociólogo português afirma que “não há um princípio único de transformação social, e mesmo aqueles que continuam a acreditar num futuro socialista veem-no como um futuro possível, em concorrência com outros futuros alternativos. Não há agentes históricos únicos nem uma forma única de dominação”.¹³⁶ São múltiplas as faces da dominação e da opressão e muitas delas foram irresponsavelmente negligenciadas pela teoria crítica moderna. Na ausência de um princípio único, não é possível reunir todas as resistências e agências sob a alçada de uma grande teoria comum.

Uma das fraquezas da teoria crítica moderna foi não ter reconhecido que a razão que critica não pode ser a mesma que pensa, constrói e legitima aquilo que é criticável. É que não há conhecimento em geral, tal como não há ignorância em geral. O que ignoramos é

¹³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Porque é tão difícil construir uma teoria crítica?* Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Porque_e_tao_dificil_construir_teorica_critica_RCCS54.PDF. Acesso em: 05 de abril de 2016, p. 01.

¹³⁵ Idem, p. 05.

¹³⁶ Idem, p. 07.

sempre a ignorância de uma certa forma de conhecimento e, vice-versa, o que conhecemos é sempre o conhecimento em relação a uma certa forma de ignorância¹³⁷.

No projeto da modernidade, segue Boaventura, podemos distinguir duas formas de conhecimento: o conhecimento-regulação, cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber, por ordem, e o conhecimento-emancipação, cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber, por solidariedade.

Apesar de estas duas formas de conhecimento estarem ambas inscritas na matriz da modernidade eurocêntrica, a verdade é que o conhecimento-regulação veio a dominar totalmente o conhecimento-emancipação. Isto deveu-se ao modo como a ciência moderna se converteu em conhecimento hegemónico e se institucionalizou como tal. Ao negligenciar a crítica epistemológica da ciência moderna, a teoria crítica, apesar de pretender ser uma forma de conhecimento-emancipação, acabou por se converter em conhecimento-regulação. Para a teoria crítica pós-moderna, ao contrário, todo o conhecimento crítico tem de começar pela crítica do conhecimento. Na atual fase de transição paradigmática, a teoria crítica pós-moderna constrói-se a partir de uma tradição epistemológica marginalizada e desacreditada da modernidade, o conhecimento-emancipação¹³⁸.

Herrera Flores adverte que essa versão imperialista-colonialista do conhecimento deve ser superada por um tipo de conhecimento democrático-emancipador, cujo objetivo seja “a implantação de relações de solidariedade entre nós e os outros, ou, em outros termos, que tenda a construir relações de reconhecimento nas quais os outros sejam considerados tão sujeitos do conhecimento como o somos nós”.¹³⁹

Mais do que de uma teoria comum, do que necessitamos é de uma teoria de tradução que torne as diferentes lutas mutuamente inteligíveis e permita aos atores coletivos "conversarem" sobre as opressões a que resistem e as aspirações que os animam.

¹³⁷ Idem, p. 10.

¹³⁸ Idem, p. 10-11.

¹³⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 146.

É necessária uma nova política de direitos humanos, uma abordagem renovada da tarefa de capacitação das classes e coligações populares nas suas lutas por soluções emancipadoras para além da modernidade ocidental e do capitalismo global, “uma nova arquitetura de direitos humanos baseada numa nova fundamentação e com uma nova justificação”¹⁴⁰, nos adverte Boaventura de Sousa Santos.

Daí a complexidade da nossa posição transicional, que pode resumir-se assim: enfrentamos problemas modernos para os quais não há soluções modernas. As promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução. Entretanto, as condições que produziram a crise da teoria crítica moderna não se converteram ainda nas condições da superação da crise.

Referido fator foi denominado como “interregno” por Antonio Gramsci ao afirmar que a característica da crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo ainda não pode nascer, surgindo neste interregno uma grande variedade de sintomas mórbidos¹⁴¹. Explicando o conceito gramsciano, Zygmunt Bauman esclarece que a ampliação do conceito de “interregno”, abrangendo o mais amplo espectro de aspectos sócio-político-jurídicos da ordem e, simultaneamente, atingindo mais profundamente a condição sociocultural. Ou melhor, Gramsci liberta a ideia de “interregno” de sua habitual associação com intervalo de (uma rotina) transmissão hereditária ou poder elegível, e anexa a situações extraordinárias em que “o quadro jurídico existente de uma ordem social perde a sua aderência e já não pode se impor, enquanto que um novo quadro, feito à medida das forças recém-emergidas que gera as condições responsáveis por tornar o antigo quadro inútil”¹⁴², ainda está na fase concepção, ainda não foi completamente montado ou não é suficientemente forte para ser colocado em seu lugar.

Por esse motivo, Juan Carlos Monedero – na tentativa de apresentar respostas complexas para sociedades complexas – sustenta que uma das mais importantes conclusões que se pode extrair da experiência política do século XX é que simplificar as respostas vai na

¹⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 463.

¹⁴¹ GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 93.

¹⁴² BAUMAN, Zygmunt. *O triplo desafio*. Disponível em: <http://www.mariosantiago.net/Textos%20em%20PDF/Zygmunt%20Bauman%20-%20O%20triplo%20desafio.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2016.

direção contrária da emancipação, ou seja, as sociedades complexas requerem respostas complexas¹⁴³. Para o cientista político espanhol, as formas de resoluções totalizadoras apresentadas pelo capitalismo, pela modernidade e pelo Estado nacional estão esgotadas em seu formato nos últimos séculos, uma vez que “la pobreza, la guerra, el respeto al medio ambiente, la lucha contra la explotación, la defensa del multiculturalismo, la participación ciudadana, la búsqueda de sentido, el respeto a las identidades, la alienación laboral, la búsqueda de la paz, la defensa de la propia identidad”¹⁴⁴ são aspectos cruciais que não encontram respostas nestas três grandes explicações acima mencionadas.

As sociedades atuais, principalmente as ocidentais, se caracterizam por sua complexidade, isto se deve pelo fato de que cada parte da sociedade, incluindo os indivíduos, atuam e reclamam como membros diferentes, como entidades especiais que possuem peculiaridades próprias que não podem ser reduzidas à categorias gerais. O “simples e permanente” deu lugar para o “múltiplo, temporal e complexo”, reafirma Monedero, sendo que “frente a las certidumbres del pasado, las sociedades actuales están atravesadas de incertidumbre. Ya no hay puntos de vista omniscientes, sino que la mirada también transforma al observado. El determinismo, que pretende que mismas causas producen mismos efectos ha dejado su lugar a sistemas sensibles que reaccionan a los estímulos de una manera sólo predecible caóticamente”.¹⁴⁵

Justamente porque o velho nunca termina de ir nem o novo de chegar é que as três avenidas lineares – capitalismo, modernidade e Estado nacional – devem aprender a encontrar-se no ideário da emancipação e fazer o contrário do que desenvolveram durante os séculos XIX e XX: atender aos que os une e não exacerbar o que lhes separa.

Ocorre que os modelos de vida introduzidos pela modernidade¹⁴⁶ arrasaram de maneira sem precedentes, tanto em extensão como em intensidade, todas as formas tradicionais da ordem social, de modo que as respectivas transformações trazidas pela

¹⁴³ MONEDERO, Juan Carlos. *El gobierno de las palabras. Política para tiempos de confusión*. Madrid: FCE, 2014, p. 223.

¹⁴⁴ Idem, p. 223.

¹⁴⁵ Idem, p. 228.

¹⁴⁶ Utilizamos o conceito de modernidade apresentado por Anthony Giddens, para quem “la noción de la modernidad se refiere a los modos de vida u organización social que surgieron en Europa desde alrededor del siglo XVII en adelante y cuya influencia, posteriormente, los han vertido en más o menos mundiales”. Neste sentido: GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad*. Tradução de Ana Lizón Ramón. Madrir: Alianza Editorial, 2004, p. 15.

modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudanças ocorridas em períodos anteriores. E, de fato, o presente estágio (que é um período e uma crise nas palavras de Milton Santos) é diferente daqueles do passado porque os dados motores e os respectivos suportes, que constituem fatores de mudança, “não se instalam gradativamente como antes, nem tampouco são privilégio de alguns continentes e países como outrora. Tais fatores dão-se concomitantemente e se realizam com muita força em toda a parte”.¹⁴⁷

Isto trouxe uma “desorientação” que, segundo Anthony Giddens, se expressa a si mesma na opinião de que não é possível obter um conhecimento sistemático da organização social por vários fatores preponderantes, dentre eles, está a “sensación que muchos de nosotros tenemos de haber sido atrapados en un universo de acontecimientos que no logramos entender del todo y que en gran medida parecen escapar a nuestro control”¹⁴⁸ e, portanto, para analisarmos como chegamos a este ponto não basta inventar termos como pós-modernidade e outros, senão “que debemos posar una nueva mirada sobre la naturaleza de la propia modernidad, que, por ciertas razones muy concretas, ha sido hasta ahora precariamente comprendida por las ciencias sociales”.¹⁴⁹

Desta maneira resulta muito difícil encontrar e/ou eleger um novo modelo de teoria e de prática para combater os parâmetros e desilusões atuais. Essa dificuldade em encontrar um novo parâmetro está presente nos diferentes campos das ciências humanas e ocorre porque “as verdades teleológicas, metafísicas e racionais que sustentavam durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades do presente estágio de desenvolvimento da modernidade humana”¹⁵⁰, conforme as explicações de Antonio Carlos Wolkmer. Os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados.

¹⁴⁷ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. São Paulo: Record, 2006, p. 35.

¹⁴⁸ “sensação que muitos de nós temos de haver sido preso em um universo de acontecimentos que não conseguimos entender o todo e que em grande medida parece escapar de nosso controle”. (tradução livre). GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad*. Tradução de Ana Lizón Ramón. Madrir: Alianza Editorial, 2004, p. 16.

¹⁴⁹ Idem, p. 17. “que devemos adotar uma nova mirada sobre a natureza da própria modernidade, que, por certas razões muito concretas, foi até agora precariamente compreendida pelas ciências sociais”. (tradução livre).

¹⁵⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01.

As promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução. Pela sua complexidade interna, pela riqueza e diversidade das ideias novas que comporta e pela maneira como procura a articulação entre elas, o projeto da modernidade é um projeto ambicioso e revolucionário. As suas possibilidades são infinitas, mas, em razão disto, contemplam tanto o excesso das promessas como o déficit do seu cumprimento¹⁵¹. Por isso, explica Giddens:

los cambios en el orden de valores no son independientes de las innovaciones en la orientación cognitiva creada por las cambiantes perspectivas sobre el mundo social. Si fuera posible concentrar nuevo conocimiento para alimentar una base trascendental racional de valores, no nos veríamos en esta situación. Pero tal base racional no existe y los cambios de enfoque teórico derivados de los nuevos aportes de conocimiento, mantienen una relación variable con el cambio en la orientación de los valores.¹⁵²

No entanto, o simples reconhecimento da crise da racionalidade e da supramencionada mudança de paradigmas não basta! O desconforto e a indignação da situação devem ser suficientes para pensarmos e atuarmos ante tais interrogantes. Caso contrário quedaremos inertes e reforçaremos as teses naturalistas das coisas.

Por este motivo, explica Boaventura, a construção de uma concepção intercultural e pós-imperial de direitos humanos é, em primeiro lugar e antes de mais, uma tarefa epistemológica, sendo “necessário escavar nos fundamentos reconhecidos como tal para tentar encontrar os fundamentos deles, subterrâneos, clandestinos e invisíveis”.¹⁵³

Assim, pois, especificamente em relação à temática dos direitos humanos, buscaremos uma (nova) proposta de produção teórico-prática para criarmos padrões mínimos que possam garantir uma vida vivida com dignidade. Para levar a cabo uma verdadeira ação revolucionária, para fazer avançar as forças revolucionárias, não basta uma análise correta da realidade e nem um programa de ação correto; é necessário que exista um movimento político organizado de tal forma que permita educar e mobilizar as massas na luta revolucionária.

¹⁵¹ Neste sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 77-78.

¹⁵² GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad*. Tradução de Ana Lizón Ramón. Madrir: Alianza Editorial, 2004, p. 51. “as mudanças na ordem dos valores não são independentes das inovações na orientação cognitiva criada pelas cambiantes perspectivas sobre o mundo social. Se fosse possível concentrar novo conhecimento para alimentar uma base transcendental racional de valores, não nos veríamos nesta situação. Mas a base racional não existe e as mudanças de enfoque teórico derivadas dos novos aportes do conhecimento, mantêm uma relação variável com a mudança de orientação dos valores”. (tradução livre).

¹⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 463.

2.2 Consciência crítica para enfrentar a crise

Cumpramos destacar a importância de uma consciência crítica acerca da atual conjuntura dos direitos humanos para possibilitar a abertura de caminhos à expressão das insatisfações sociais. A conscientização nos possibilita a inserção no processo histórico e permite a inscrição na busca da afirmação desses direitos em prol da humanidade sofrida.

Ocorre, destarte, que, ao considerarmos como natural, normal e indiscutível a distância existente entre as normas e os fatos (o que se diz e o que se faz em direitos humanos), acabamos consolidando e fortalecendo uma forma de entender a realidade que interessa somente àqueles detentores do poder econômico e, por sua vez, prejudica (porque acaba se mantendo como está) os setores desfavorecidos e excluídos da sociedade.

Eis o reclamo de David Sánchez Rubio:

en definitiva, parece como si existiera una cultura de impotencia y excesivamente conformista que, bajo la excusa de ese abismo entre lo dicho y lo hecho, adopta la actitud de seguir dejando las cosas tal como están. A lo mejor es que esta separación que damos como natural y indiscutible, sea una de las razones que justifican la indolencia y la pasividad a la hora de construir día a día y en todos los lugares sociales, derechos humanos.¹⁵⁴

É preciso possibilitar um diálogo crítico e emancipador em prol de um movimento social de libertação da classe social que se encontra alijada do poder econômico (multidão oprimida). A realidade social, objetiva, que não existe por acaso, mas como produto da ação dos seres humanos, também não se transforma por acaso! A inefetividade dos direitos humanos (como realidade) não existe por acaso e é produto de nossas ações, por isso mesmo transformar essa realidade é tarefa nossa, de todos e todas. É a prática (ação e reflexão) que implica a ação dos seres humanos sobre o mundo para transformá-lo¹⁵⁵.

É necessária uma consciência crítica que contextualize a concepção tradicional e hegemônica dos direitos humanos (aquela que nos afirma que temos idênticos direitos em razão do seu caráter universal) e exponha a enorme divergência existente entre o discurso e

¹⁵⁴ “em definitivo, parece como se existisse uma cultura de impotência e excessivamente conformista que, baixo a escusa desse abismo entre o dito e o fato, adota a atitude de seguir deixando as coisas tal como estão. Ou melhor, é que esta separação que damos como natural e indiscutível, seja uma das razões que justificam a indolência e a passividade na hora de construir dia a dia e em todos os lugares sociais, direitos humanos”. (tradução livre). SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Editorial MAD, 2007, p. 12.

¹⁵⁵ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 89.

a prática. Afinal, destaca o professor Antonio Carlos Wolkmer, “enquanto a ideia de consciência e de razão na teoria tradicional está vinculada ao mundo da natureza e ao presente em contemplação, a teoria crítica expressa a ideia de razão vinculada ao processo histórico-social e à superação de uma realidade em constante transformação”.¹⁵⁶

Ora, por que os direitos humanos previstos em Tratados, Convenções Internacionais e na Constituição do Brasil não são aplicados? Qual a razão do abismo entre as normas e os fatos? De que resulta a inefetividade das normas que estabelecem a garantia de uma vida digna? Será pela circunstância de que, como afirma Eduardo Galeano¹⁵⁷, no mundo de hoje as palavras e os fatos raramente se encontram e, quando se encontram, como não se conhecem, não se cumprimentam! Não devemos nos conformar com a resignação apregoada pelos conformistas, que afirmam e explicam com suas teorias que a “realidade é assim mesmo e nada podemos fazer contra ela”, uma vez que o sacrifício amargado (distância existente entre as normas e os fatos) não é o deles, nem o de suas famílias.

O próprio discurso teórico, necessário à reflexão crítica, tem de ser de tal modo concreto que quase se confunda com a prática¹⁵⁸; uma consciência crítica que se traduza em ação e prática revolucionária, na qual irão se transformar o contexto, as condições sociais, as estruturas, o Estado, a sociedade, a economia e os próprios indivíduos (autores da ação). A reflexão crítica sobre a prática se torna uma exigência!

E, na medida em que lutamos para transformar a realidade “é que a entendemos melhor e é na medida em que melhor entendemos que mais lutamos para transformá-la”.¹⁵⁹

Eis o clamor manifestado por Edward Said:

hay cierto peligro de que la fascinación ante lo que es difícil – siendo la crítica una de las formas de la dificultad – pueda apartar la alegría de nuestro corazón. Pero tenemos todo tipo de razones para suponer que el crítico que está cansado de la gerencia y de la batalla cotidiana es (...) bastante capaz al menos de encontrar el depósito en que se encuentran, arrancar el cerrojo y liberar las energías negativas.

¹⁵⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 07.

¹⁵⁷ GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. São Paulo: LP&M, 2005, p. 126.

¹⁵⁸ Neste sentido: FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 39.

¹⁵⁹ LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 29.

Normalmente, sin embargo, el crítico no puede sino mantener, sin siquiera expresarla del todo, la esperanza.¹⁶⁰

O teórico britânico da cultura Raymond Willians nos adverte que por dominante que possa ser um sistema social “o verdadeiro sentido de sua dominação leva consigo uma limitação (...) que por definição não pode esgotar toda a experiência social, que, portanto, abriga potencialmente sempre um lugar para atos alternativos e intenções alternativas que ainda não estão articuladas como instituição social ou sequer como projetos”.¹⁶¹

Edward Said nos lembra que ao haver renunciado ao mundo por completo em favor das aporias e dos inimagináveis paradoxos de um texto, a crítica contemporânea se separou de seu público constitutivo, os cidadãos da sociedade moderna foram abandonados nas mãos das forças do livre mercado, das corporações multinacionais e das manipulações do consumismo. Outrossim, “se ha desarrollado toda una jerga preciosa, y sus formidables complejidades oscurecen las realidades sociales que, por extraño que pueda parecer, favorecen un academicismo de ‘modos de excelencia’ muy alejado de la vida cotidiana en la era de la decadencia del poder estadounidense”.¹⁶²

Para o crítico literário Said a teoria hegemônica (e seus textos) se propõe a si mesma como uma síntese que invalida os mesquinhos feudos em que se compartimentava a própria produção intelectual, e, como consequência disso, havia de esperar de forma manifesta que todos os domínios da atividade humana pudessem contemplar-se e viver como uma unidade. Por isso, ao analisar a textualidade revolucionária europeia, Edward Said afirma que ainda quando aceitamos que não existe modo algum de obter do passado textos que nos permitam apreender diretamente da “verdadeira” história, se pode dizer que tal afirmação não significa eliminar também o interesse pelos acontecimentos e as circunstâncias que levam e se manifestam são também textuais, afinal “los textos son mundanos, son hasta cierto punto

¹⁶⁰ “há certo perigo de que a fascinação ante o que é difícil – sendo a crítica uma das formas da dificuldade – possa apartar a alegria de nosso coração. Mas temos todo tipo de razões para supor que o crítico está cansado da gerência e da batalha cotidiana é (...) bastante capaz ao menos de encontrar o depósito em que se encontram, arrancar o ferrolho e liberar as energias negativas. Normalmente, contudo, o crítico não pode senão manter, sem sequer expressá-la do todo, a esperança”. (tradução livre). SAID, Edward. *El mundo, el texto y el crítico*. Tradução de Ricardo García Pérez. Barcelona: Debate, 2004, p. 47.

¹⁶¹ WILLIAMS, Raymond. *A política e as letras*. Tradução de André Glaser. São Paulo: Unesp, 2013, p. 264.

¹⁶² “se desenvolveu toda uma jerga preciosa, e suas complexidades escurecem as realidades sociais que, por estranho que possa parecer, favorecem a um academicismo de ‘modos de excelência’ muito distante da vida cotidiana na era da decadência do poder estadunidense”. (tradução livre). Edward. *El mundo, el texto y el crítico*. Tradução de Ricardo García Pérez. Barcelona: Debate, 2004, p. 15.

acontecimientos, e incluso cuando parecen negarlo, son parte del mundo social, de la vida humana y, por supuesto, de momentos históricos en los que se situán y se interpretan”.¹⁶³

Edward Said afirma, ademais, que a crítica e a consciência crítica deveriam ter em conta que as realidades do poder e da autoridade – assim como as resistências que oferecemos homens, mulheres e movimentos sociais frente as instituições e autoridades – são realidades que fazem possível os textos, que põem nas mãos de seus leitores, afinal:

en este momento ya debería ser evidente que este tipo de crítica solo se puede ejercer al margen y más allá del consenso que gobierna hoy día (...) sin embargo, si es esta la función de la crítica en este momento, la de situarse entre la cultura dominante y las formas globales resultantes de los sistemas críticos, entonces hay cierto consuelo en el hecho de recordar que también este ha sido el destino de la conciencia crítica en el pasado reciente.¹⁶⁴

No campo do direito (e igualmente dos direitos humanos) importante reconhecer que a globalização da racionalidade de mercado, com todas as sequelas de situações de injustiças e desigualdades que contém, nos coloca diante da necessidade de contrapor outro tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e necessidades humanas que aquela imposta pelo capitalismo. O direito, o pensamento e a prática jurídica comprometida com os direitos humanos de todas e todos podem converter-se “en la pauta política, ética y social que sirva de guía a la construcción de esa nueva racionalidade, siempre y cuando los saquemos de la jaula de hierro en la que los tiene encerrados la ideología de mercado y su correlato jurídico formalista”.¹⁶⁵ O direito é sempre o produto de uma determinada ordem de relações sociais, nos adverte Joaquín Herrera Flores¹⁶⁶, o qual, uma vez validado institucionalmente, condiciona e regula o acesso aos bens desde o ponto de vista de quem detém o poder. Por isso, segue o filósofo espanhol, “el derecho es siempre un proceso de creación y reproducción de objetos: normas, reglas y procedimientos que están en estrecha relación con la división social en clases sociales hegemónicas y subordinadas”.¹⁶⁷

¹⁶³ Idem, p. 15. “os textos são mundanos, são até certo ponto acontecimentos, e inclusive quando parecem negar, são parte do mundo social, da vida humana e, por suposto, dos momentos históricos nos que se situam e se interpretam”. (tradução livre).

¹⁶⁴ Idem, p. 16. “neste momento já deveria ser evidente que este tipo de crítica somente pode ser exercida a margem e mais além do consenso que governa hoje em dia (...) no entanto, se é esta a função da crítica neste momento, a de situar-se entre a cultura dominante e as formas globais resultantes dos sistemas críticos, então há certo consolo no fato de recordar que também este foi o destino da consciência crítica no passado recente”. (tradução livre).

¹⁶⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. 16 premissas de uma teoria crítica del derecho. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria Crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 14.

¹⁶⁶ Idem, p. 13.

¹⁶⁷ Idem, p. 13.

Imperioso destacar, assim, que o direito – no momento que reconhece e garante os resultados das lutas sociais – não se sustenta sozinho, necessitando do apoio (e da crítica) de grupos interessados ou de movimentos e organizações sociais que defendam – cada um por seu lado – as diferentes formas de regulação das relações sociais.

Por outro lado, Herrera Flores nos adverte que não pode haver direito sem sociedade, uma vez que as relações sociais – de viés emancipador ou conservador – constituem o motor que impulsiona tanto a criação como a transformação da ordem jurídica. Por essas razões precisamos de uma metodologia relacional que contemple o jurídico em seu contexto social, econômico e cultural. Outrossim, “son estas mismas razones, las que nos impulsan a defender que el Derecho en general y los Derechos Humanos en particular no pueden tratarse teóricamente desde el punto de vista esencialista o formalista”.¹⁶⁸ Se o direito é um processo de reconhecimento e garantia de expectativas sociais em função de determinada configuração de poder, os direitos humanos não podem entender-se à margem dos processos hegemônicos em que – e para que – surgem.

Os direitos humanos, como em geral, todo fenômeno jurídico e político, estão penetrados por interesses ideológicos e não podem ser entendidos à margem de seu fundo cultural. No entanto, como lembra Herrera Flores, “como ocurre cuando un fenómeno se reconoce jurídicamente, se comienza a negar su carácter ideológico, su estrecha vinculación con intereses concretos, y su carácter cultural, es decir, se le saca del contexto, se universaliza y, por ello, se le sustrae su capacidad y su posibilidad de transformarse e transformar o mundo desde una posición que no sea la hegemónica”.¹⁶⁹

Esta tendência é a que permite que o direito possa ser objeto exclusivamente das análises lógico-formais e submetido a fechamentos epistemológicos, como se as normas jurídicas estivessem separadas e isoladas dos contextos e dos interesses que necessariamente estão entranhados à toda produção jurídica.

¹⁶⁸ Idem, p.14.

¹⁶⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 23.

Ainda que tal conjunto de direitos nos tenha devotado um círculo de garantias, às quais por nenhuma razão devemos renunciar – dado que em sua construção participamos todos e todas com a esperança posta em um “garantismo jurídico” que respeitasse nossas lutas –, se não tomarmos consciência dessa interação sistêmica entre o jurídico, o político e o sistema capitalista (como elementos necessários para entender o conceito de modernidade e seu processo de injustiça e explorações), resta impossível a adoção de uma nova política de direitos humanos que empodere as classes sociais historicamente desfavorecidas.

Pierre Bourdieu, analisando as produções simbólicas enquanto instrumentos de dominação (incluindo o Direito nessa categoria), sustenta que as ideologias são um produto que servem interesses particulares que tendem a apresentar como interesses universais, comuns ao conjunto do grupo, sendo que a cultura dominante contribui: para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções.¹⁷⁰ Este efeito ideológico, produz a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função de comunicação: “a cultura que une (por intermédio de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante”.¹⁷¹

De forma idêntica, ao avaliar a divisão do trabalho jurídico, Bourdieu estabelece que o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, “a boa distribuição ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social”.¹⁷² É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da sua autonomia absoluta em relação às

¹⁷⁰ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: 2007, p. 10-11.

¹⁷¹ Idem, p. 11.

¹⁷² Idem, p. 212.

pressões externas. Outrossim, a concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as instituições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõe e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra¹⁷³.

Por este motivo, finaliza Pierre Bourdieu:

como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. Mas, por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se opõem de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instância hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre intérprete e as interpretações.¹⁷⁴

Acreditamos no devenir, no fluxo constante da história (ainda que vivamos no presente e analisemos o passado para projetar o futuro). Por uma nova ética, nova construção de valores, nova responsabilidade humana frente aos outros, outras e nós mesmos.

Somos encarregados de manter o movimento perpétuo, de transformar permanentemente todas as coisas e, como ressalta Joaquín Herrera Flores, “por mais que queiram nos homogeneizar, permanecem os que pensam, atuam e, sobretudo, vivem na contracorrente. Estes, sem se marginalizar, mantêm sua capacidade de indignação e de resistência ante ao que consideram intolerável”.¹⁷⁵

Temos que buscar as “quebras” e “fissuras” por onde faremos nosso discurso. É imperioso que tenhamos a inequívoca ciência de que a diversidade epistemológica existente no mundo caracteriza-se, entre outros aspectos, pela sua potencialidade infinita (todos os conhecimentos são contextuais). O conhecimento humano, em geral, está lastreado em ideologias que – apesar de parciais – se apresentam como universais e se tornam hegemônicas. Não se pode considerar como válido (e eficaz) apenas a verificação de um

¹⁷³ Idem, p. 212.

¹⁷⁴ Idem, p. 214.

¹⁷⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso: breve tratado sobre a arte e dignidade*. Tradução de Nilo Kaway Junior. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007, p. 104.

conhecimento puro e completo, mas, ao contrário, a existência de inúmeras e variadas constelações de conhecimentos. Deve-se lutar contra a monocultura do saber e encontrar uma encruzilhada entre os saberes e as tecnologias.

Em nome da ciência moderna destruíram-se muitas formas alternativas de conhecimento e se humilhou grupos sociais que se apoiavam nelas para prosseguir as suas vias próprias e autônomas de desenvolvimento, sendo responsáveis, neste contexto, pelo “mau” uso da ciência, os atores econômicos, políticos e militares.

É dizer: por mais hegemônico que pareça ser um sistema ou uma teoria não pode nunca esgotar toda a experiência (esteja ela ou não institucionalizada).

Portanto, não somente há que se negar a estratégia que impõe uma só visão do mundo como também a estratégia de muitas versões únicas do mundo, sobre as quais não queremos intervir, dada que a única preocupação é nosso centro cultural”.¹⁷⁶ Ou mesmo das ideologias, a quem Michael Löwy, chamou de “visão social do mundo”¹⁷⁷ e que podem ser de dois tipos: ideológicas (quando servem para legitimar, justificar, defender ou manter a ordem social do mundo) e utópicas (quando têm uma função crítica, negativa, subversiva, quando aponta para uma realidade ainda não existente).

Este, pois, é um dos pontos do “manifesto inflexivo” proposto por Joaquín Herrera Flores: fazer a história criando um imaginário social instituinte. Sendo tal capacidade entendida como a criação constante de novos caminhos de ação e de reflexão; de potenciar a capacidade humana de transformação e criação de sentidos que proponham desvios do dominante e novas direções alternativas; e atuação afirmativa articulando as múltiplas e diferentes formas de luta pela dignidade humana. Para que enfim, “ nesse campo ideológico forte jogamos o futuro de nossa capacidade instituinte. Se não somos capazes de nos librar dessas ataduras, seremos responsáveis pela reprodução da ordem hegemônica”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Idem, p. 93.

¹⁷⁷ LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 14.

¹⁷⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 209.

2.3 Teoria crítica como compromisso ético

Até o presente momento indicamos que os direitos humanos não podem ser caracterizados como propriedade de indivíduos isolados, senão que – assim como todo direito ou norma jurídica – supõe relações sociais concretas. Afirmamos, ainda, a necessidade de uma consciência crítica para a construção de uma teoria crítica dos direitos humanos que torne visível que a lógica da ideologia dominante (e as instituições que a instrumentalizam) funciona em desfavor do empoderamento da multidão oprimida. Resta-nos, pois, antes de apresentar nossa teoria compromissada com a realidade dos direitos humanos, estabelecer os contornos teóricos (e ideológicos, inclusive) do que entendemos por uma teoria crítica.

Uma teoria que tenha como sentido fundamental a ideia de que não é possível mostrar “como as coisas são” senão a partir da perspectiva de “como deveriam ser”.

Acreditamos que se uma teoria – por qualquer que seja – não servir para a análise das realidades concretas e para a emancipação da multidão oprimida, ela deve ser considerada uma teoria amputada que não cumpre seu objetivo, que perdeu seu objeto e pratica formalismos extremos que a impede de realizar o empoderamento (sua missão final).

Para Max Horkheimer, teoria equivale a todo conjunto de proposições de um campo de objetos, sendo que estas “proposiciones están de tal modo relacionadas unas con otras, que de algunas de ellas pueden deducirse las restantes (...) Su validez real consiste en que las proposiciones deducidas concuerden con eventos concretos. Si aparecen contradicciones entre experiencia y teoría, deberá revisarse una u otra”.¹⁷⁹

Assim, para o filósofo alemão, teoria é a acumulação do saber em forma tal que este se volta utilizável para caracterizar os fatos de maneira mais acabada possível. Como meta final de toda teoria aparece o sistema universal da ciência, por isso Horkheimer afirma “una ciencia que, en una independencia imaginaria, ve la formación de la praxis, a la cual sirve

¹⁷⁹ “proposições estão de tal modo relacionadas umas com as outras, que de algumas delas podem deduzir-se as restantes (...) Sua validade real consiste em que as proposições deduzidas concordem com eventos concretos. Se aparecem contradições entre experiência e teoria, deverá revisar-se uma ou outra”. (tradução livre). HORKHEIMER, Max. Teoría tradicional y teoría crítica. Em: HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Tradução de Edgardo Albizu e Carlos Luis. Buenos Aires: Amorrortu, 2003, p. 223.

y es inherente, como algo que está más allá de ella, y que se satisface con la separación del pensar y el actuar, ya ha renunciado a la humanidad”.¹⁸⁰

Helio Gallardo, objetivando uma aproximação latino-americana ao conceito de teoria crítica, sustenta que as teorias são hipóteses, ou seja, suposições básicas cuja verdade é seguida por procedimentos operativos que se determinam desde dentro dessas hipóteses.

Contudo, não é, portanto, que sejam verdadeiros seus resultados, senão que parecem cumprir-se quando se imagina e conceitualiza consistentemente uma área da realidade desde de certos pressupostos que foram sugeridos por eventos fáticos ou fatos que levantam perguntas que são contestadas hipoteticamente.

Por isso, “la verdad de una teoría se sigue de su posicionamiento inicial y de las operaciones eficaces en términos de conocimiento que este determinado posicionamiento genera, así como de las predicciones que, por cumplirse o incumplirse, muestran la confiabilidad y también la provisoriedad de la teoría”.¹⁸¹

O maestro chileno nos adverte, no entanto, que as teorias não são verdadeiras no sentido de que “as coisas são assim como a teoria as apresenta”, ou na linguagem acadêmica, não são “ontologicamente” assim, senão que são “interpretadas” dessa maneira desde uma determinada, fundada e disciplinar perspectiva humana.

Desta maneira, resta evidente que as teorias, quaisquer que sejam, formam parte do social e do humano, surgindo desde a realidade social e contribuindo de diversas formas com a reprodução da ordem que as requer e as legitima, podendo ser politicamente funcionais ou disfuncionais. No entanto, as teorias não podem deixar de cruzar-se com a realidade ou, melhor dito, não se cruzam com ela porque são constitutivas de sua representação e reprodução humana e porque são constituídas por e para esta realidade.

¹⁸⁰ Idem, p. 270-271. “uma ciência que, em uma independência imaginária, vê a formação da práxis, a qual serve e é inerente, como algo que está mais além dela, e que se satisfaz com a separação do pensar e o atuar, já renunciou a humanidade”. (tradução livre).

¹⁸¹ GALLARDO, Helio. *Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana*. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%204/Redhes4-03.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2016, p. 66. “a verdade de uma teoria segue de seu posicionamento inicial e das operações eficazes em termos de conhecimento que este determinado posicionamento gera, assim como das predileções que, por cumprir-se ou incumprir, mostram a confiabilidade e também a provisoriedade da teoria”. (tradução livre).

As teorias “no son algo exterior a los conflictos de la sociedad que las produce y requiere. De hecho, ninguna producción humana es ‘exterior’ a las tramas sociales en las que se gestan y ninguna está ‘por encima’ de ellas”.¹⁸² É que na medida em que o conceito de teoria é independizado, como se pudesse fundamentar a partir da essência íntima do conhecimento, por exemplo, o de alguma outra maneira a-histórica, se transforma em uma categoria coisificada, ideológica. Horkheimer nos recorda que “para la transformación del conocimiento presente, de las conexiones empíricas que se van descubriendo, como su aplicación a los hechos, son determinaciones que no se reducen a elementos puramente lógicos o metodológicos, sino que, en cada caso, solo pueden ser comprendidas en su ligazón con procesos sociales reales”.¹⁸³ Assim como a influência do material sobre a teoria, tampouco a aplicação da teoria sobre o material é somente um processo intra-científico, é, ao mesmo tempo, social. A relação entre hipóteses e fatos, finalmente, não se cumpre na cabeça do científico, senão na do prático, uma vez que “el conformismo del pensamiento, el aferrarse al principio de que este es una actividad fija, un reino cerrado en sí mismo dentro de la totalidad social, renuncia a la esencia misma del pensar”.¹⁸⁴

Inicialmente cumpre destacar que a ideia (e a própria nomenclatura) de uma “teoria crítica” surge, no ano de 1937, com a publicação do artigo “teoria tradicional e teoria crítica”¹⁸⁵ de autoria do filósofo alemão Max Horkheimer. Neste sentido, destaca Barbara Freitag, Horkheimer com o referido ensaio lança em definitivo os fundamentos da teoria crítica da Escola de Frankfurt e “procura salvar a reflexão filosófica dialética face a uma crescente tendência positivista e empirista nas ciências sociais”.¹⁸⁶

Ao se opor a noção e aos fundamentos da teoria tradicional e por ser o primeiro teórico a formular um conceito alternativo Max Horkheimer é considerado o fundador da

¹⁸² Idem, p. 67. “não são algo exterior aos conflitos da sociedade que as produz e requer. De fato, nenhuma produção humana é ‘exterior’ a tramas sociais nas que produz e nenhuma está ‘em cima’ delas”. (tradução livre).

¹⁸³ HORKHEIMER, Max. *Teoría tradicional y teoría crítica*. Em: HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Tradução de Edgardo Albizu e Carlos Luis. Buenos Aires: Amorrortu, 2003, p. 229. “para a transformação do conhecimento presente, das conexões empíricas que se vão descobrindo, como sua aplicação aos fatos, são determinações que não se reduzem a elementos puramente lógicos ou metodológicos, senão que, em cada caso, somente podem ser compreendidas em sua ligação com processos sociais reais”. (tradução livre).

¹⁸⁴ Idem, p. 270. “o conformismo do pensamento, ao fixar-se ao princípio de que este é uma atividade fixa, um reino fechado em si mesmo dentro da totalidade social, renuncia a essência mesmo do pensar”. (tradução livre).

¹⁸⁵ HORKHEIMER, Max. *Teoría tradicional y teoría crítica*. Em: HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Tradução de Edgardo Albizu e Carlos Luis. Buenos Aires: Amorrortu, 2003, p. 223-271.

¹⁸⁶ FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 18

“teoria crítica” entendida como “um movimento intelectual e político de compreensão e transformação da sociedade que já existia muito antes de ele lhe dar esse nome e de confrontá-lo com outros ramos de pensamento que ele denominou teoria tradicional”.¹⁸⁷

Eis que, em seu artigo “teoria tradicional e teoria crítica”, Horkheimer inaugura uma discussão que lançará o moderno pensamento sociológico em um profundo dilema ao contrapor a filosofia de Descartes (teoria tradicional) ao pensamento de Marx (teoria crítica) “descrevendo as características essenciais de cada vertente do pensamento, seus objetivos e sua forma de atuação, denunciando o caráter sistêmico e conservador do primeiro, e sublinhando enfaticamente a dimensão humanística, emancipatória do segundo”.¹⁸⁸

Desta maneira, após afirmar a falta do caráter pragmático expressada pelo pensamento tradicional no tocante a separação entre valor e investigação, conhecimento e ação (entre outras oposições) e a respectiva preservação do investigador frente às contradições encontradas em sua atividade, Horkheimer conclui que “las proposiciones primeras de la teoría tradicional definen conceptos universales bajo los cuales deben ser comprendidos todos los hechos de un campo determinado”¹⁸⁹ enquanto “la teoría crítica de la sociedad comienza igualmente con determinaciones abstractas, en la medida en que trata la época actual caracterizándola como una economía basada en el cambio (...) Pero la teoría no se agota en relacionar con la realidad los conceptos hipotéticos”.¹⁹⁰

A formulação da ideia de uma “teoria crítica” se deve, assim como todo entendimento teórico, a determinada situação sócio-temporal e da resposta apresentada diante da dominação existente. É que, como afirma Boaventura de Sousa Santos, “os desafios, quaisquer que eles sejam, nascem sempre de perplexidades produtivas”.¹⁹¹ O contexto cultural e intelectual que articulou as bases da “teoria crítica” foi simultaneamente o Instituto de Pesquisa Social (representado por um grupo de intelectuais) e a denominada “Escola de Frankfurt” (produção da teoria social desenvolvida).

¹⁸⁷ NOBRE, Marcos. *A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio*. Em: NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008, p. 35

¹⁸⁸ FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 37.

¹⁸⁹ HORKHEIMER, Max. *Teoría tradicional y teoría crítica*. Em: HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Tradução de Edgardo Albizu e Carlos Luis. Buenos Aires: Amorrortu, 2003, p. 254.

¹⁹⁰ Idem, p. 255.

¹⁹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 17.

Realizando um panorama do contexto histórico traçado pelos trabalhos (direto e indireto) desenvolvidos pelo Instituto de Pesquisa Social, Marcos Nobre estabelece três elementos fundamentais que caracterizam o diagnóstico do tempo presente de Max Horkheimer em “teoria tradicional e teoria crítica”.

A primeira característica é que as tendências autodestrutivas do capitalismo descobertas por Marx não se encontravam acirradas (apesar da Revolução Russa de 1917 e da crise econômica sem precedentes ocorrida em 1929), sendo que “o capitalismo passou de uma fase concorrencial para uma fase monopolista, em que uma alta e crescente concentração do capital em uns poucos conglomerados econômicos acabou por exigir intervenções profundas do Estado na economia, com o objetivo de estabilizar as relações de mercado”.¹⁹² Com isso, acrescenta o filósofo brasileiro, tornou-se necessário repensar as relações entre Estado e capital, já que, segundo o prognóstico original de Marx, a possibilidade de uma intervenção permanente do Estado para estabilizar e organizar o mercado levaria a um colapso da própria lógica de valorização do capital, e isso não aconteceu mesmo depois da grande crise de 1929.¹⁹³ Por sua vez, o segundo elemento fundamental do diagnóstico de Max Horkheimer provém dos estudos empíricos sobre a classe trabalhadora alemã realizados na primeira metade da década de 1930 na qual “concluiu que tinha ocorrido uma importante diferenciação social no interior do próprio proletariado e que poderosos mecanismos psicossociais haviam sido criados e estavam sendo utilizados em favor da dominação capitalista em um sentido inteiramente novo”.¹⁹⁴ E, por fim, o terceiro elemento importante é representado pela ascensão do nazismo e do fascismo, que “mostra não só que a capacidade de resistência da classe trabalhadora à dominação capitalista fora superestimada, mas que a sua reorganização sob a brutal repressão nazista era muito improvável”.¹⁹⁵

O começo da década de 1920 não trazia muitas perspectivas políticas animadoras para a “esquerda” na Alemanha, uma vez que as opções concentravam-se em (1) prestar apoio a centro-esquerda socialdemocrata (que assumiu o poder em 1919) ou (2) fazer oposição à social democracia através do Partido Comunista da Alemanha denunciando seu governo como

¹⁹² NOBRE, Marcos. A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio, in NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008, p. 39-40.

¹⁹³ Idem, p. 40.

¹⁹⁴ Idem, p. 40.

¹⁹⁵ Idem, p. 40.

uma estratégia das potências mais industrializadas para manter o país no atraso e na humilhação que a derrota na I Guerra Mundial havia imposto. Contudo, segundo Rodrigo Duarte, havia ainda outra possibilidade mais adequada aos intelectuais alemães de esquerda “que seria se voltar para uma investigação mais teórica com o objetivo de ampliar os horizontes do marxismo e, a médio prazo, possibilitar a correção dos rumos da política realizada até então, abrindo novas perspectivas para o futuro”.¹⁹⁶

De fato, após a realização de inúmeros debates e encontros temáticos com a participação de intelectuais marxistas (em especial a organização da Primeira Semana Marxista em 1922), a referida opção teórica restou efetivada com a criação do Instituto de Pesquisa Social. O instituto era composto pelos membros da “Escola de Frankfurt” (Max Horkheimer, Theodor Adorno, Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas, entre outros investigadores) e tinha como objetivo principal promover, em âmbito universitário, investigações científicas a partir da obra de Karl Marx.

Cumprе salientar que, na definição de Barbara Freitag, o termo “Escola de Frankfurt” procura “designar a institucionalização dos trabalhos de um grupo de intelectuais marxistas, não ortodoxos, que na década dos anos 20 permaneceram à margem de um marxismo-leninismo clássico, seja em sua versão teórico-ideológica, seja em sua linha militante e partidária”.¹⁹⁷ A Escola de Frankfurt pertence a um período histórico que acreditou na proximidade da revolução proletária, tendo assistido à Revolução bolchevique de 1917, a duas insurreições operárias na Alemanha – a proclamação da República em novembro de 1918 e a de 1923, os levantes operários na Polônia e outros países¹⁹⁸.

E, de fato, salienta Seyla Benhabib, os membros do instituto desenvolveram sua teoria numa época em que o desencanto com a “primeira experiência de socialismo na União Soviética e, em especial, as experiências do fascismo europeu e da destruição das comunidades judaicas da Europa haviam frustrado todas as esperanças de uma transformação

¹⁹⁶ DUARTE, Rodrigo Antonio de Paiva. *Adorno/Horkheimer & a dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 10.

¹⁹⁷ FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 10.

¹⁹⁸ Neste sentido: MATOS, Olgária Chain Féres, *Introdução*. Em: Horkheimer, Max. *Teoria crítica: uma documentação*. Tradução de Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. XIII-XIV.

revolucionária do capitalismo a partir de dentro”.¹⁹⁹ Ao aplicar o materialismo histórico a “Escola de Frankfurt” pode analisar as condições históricas da possibilidade da economia política marxista e, desse modo, “confrontando-se com a tarefa de articular uma teoria crítica da transição do capitalismo liberal de mercado para uma nova formação social”.²⁰⁰

Evidente que a classificação dos mencionados pensadores em “Escola de Frankfurt” (ou a própria concepção da “teoria crítica”) não implica no reconhecimento de uma unidade de pensamento e um consenso epistemológico, seja em razão da heterogeneidade dos integrantes (que, frise-se, tinham formações variadas), seja na dificuldade em padronizar as análises e propostas em relação a temáticas diversas. Mas, “o que caracteriza a sua atuação conjunta é a sua capacidade intelectual e crítica, sua reflexão dialética, sua competência dialógica ou aquilo que Habermas viria a chamar de discurso, ou seja, o questionamento radical dos pressupostos de cada posição e teorização adotada”.²⁰¹

O Instituto de Pesquisa Social, que iniciou suas atividades em 1924 (embora tenha sido fundado no ano anterior) e após um período em que predominava um marxismo acadêmico ainda um pouco ortodoxo, teve, em 1931, como diretor o filósofo Max Horkheimer que propôs uma espécie de síntese entre a filosofia clássica e as ciências humanas, entre o marxismo e certa vanguarda do pensamento burguês, corporificadas, à época, principalmente pela sociologia weberiana e pela psicanálise freudiana²⁰².

Na verdade, explica Antonio Carlos Wolkmer, a articulação de uma teoria crítica (como categoria e fundamento de legitimação representada pela “Escola de Frankfurt”) encontra toda sua “inspiração teórica na tradição racionalista que remonta ao criticismo Kantiano, passando pela dialética idealista hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do materialismo histórico marxista”.²⁰³

¹⁹⁹ BENHABIB, Seyla. A crítica da razão instrumental. Em: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 71.

²⁰⁰ Idem, p. 72.

²⁰¹ FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 33-34.

²⁰² Neste sentido: DUARTE, Rodrigo Antonio de Paiva. *Adorno/Horkheimer & a dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 12.

²⁰³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 06.

Percebe-se, pois, que a publicação oficial do ensaio “teoria tradicional e teoria crítica” de Horkheimer foi materializada na Revista de Pesquisa Social que era editada pelo próprio instituto entre 1932-42. Neste sentido é o paralelo estabelecido por Barbara Freitag ao relacionar o desenvolvimento da “teoria crítica” com a atuação/evolução das atividades institucionais do Instituto de Pesquisa Social em três grandes momentos: (1) Max Horkheimer exerce a principal influência sobre o andamento dos trabalhos (é o período de antes e durante a Segunda Guerra Mundial, até a volta de Horkheimer e Adorno para Frankfurt em 1950); (2) quando Theodor Adorno, na missão de reconstrução do Instituto, é quem assume a direção intelectual, introduzindo o tema da cultura e desenvolvendo em sua teoria estética uma versão especial da teoria crítica; (3) por fim, a liderança passa a Jürgen Habermas que, discutindo a teoria crítica, buscará, com sua teoria da ação comunicativa, uma saída para os impasses criados por Max Horkheimer e Theodor Adorno, propondo, para isso, um novo paradigma: o da razão comunicativa²⁰⁴.

Uma vez analisado o contexto de surgimento da teoria crítica (e da Escola de Frankfurt) apontaremos as ideais fundantes do pensamento frankfurtiano.

A teoria crítica se propõe a construir um saber acerca da sociedade que trate de trazer à tona a racionalidade dos processos sociais, desmascarando, de forma idêntica, seus fatores irracionais. Isto ocorre, precisamente, como lembra Adela Cortina, porque o conceito tradicional de teoria ignora suas raízes sócio-históricas e não se reconhece como atividade produtiva, junto a outras, nascida da divisão do trabalho em um modo de produção determinado, sendo que “los sujetos de la ciencia burguesa, persuadidos de su independencia con respecto al proceso de producción, separan a la razón de tal proceso (...) la razón que en este tipo de teoría reside es para el científico burgués la razón humana, a cuyas manos debemos encomendar la historia”.²⁰⁵ Por isso é preciso repudiar essa razão identificadora que confunde a verdade com a adequação do conceito da coisa, quando o objeto é sempre mais do que seu conceito, recuperando a racionalidade do mundo da vida que foi desconectada na modernidade. A “teoria crítica”, segundo Marcos Nobre, se caracteriza por polemizar com duas maneiras tradicionais de compreensão da sociedade: o pensamento chamado de utópico

²⁰⁴ Neste sentido: FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 30.

²⁰⁵ CORTINA, Adela. *Crítica y utopia: la escuela de Frankfurt*. Madrid: Cincel, 1985, p. 46.

e aquele que, com uma pretensão de neutralidade e objetividade, propõe-se unicamente a descrever o funcionamento do capitalismo²⁰⁶. É que, a “crítica”, enquanto processo histórico identificado ao utópico, ao radical e ao desmistificador, assume a “função de alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas”.²⁰⁷ Uma posição “crítica” há que ser vista, portanto, não só como uma avaliação crítica “de nossa condição presente, mas crítica em trabalhar na direção a uma nova existência”.²⁰⁸

É confrontando a estrutura lógica, o objetivo e a finalidade de uma e outra vertente do pensamento que o relacionamento de ambas pode ser evidenciado. Na interpretação de Horkheimer, a teoria tradicional, que se estende do pensamento filosófico de Descartes à filosofia e ciências modernas, se preocupa em formar sentenças que definem conceitos universais. Para tal procede dedutiva ou indutivamente e defende o princípio da identidade, condenando a contradição. As manifestações empíricas da natureza e da sociedade devem e podem, segundo essa orientação teórica, ser subsumidas nas sentenças gerais, encaixando-se no sistema teórico montado a priori (com auxílio da dedução) ou a posteriori (através da indução). Em contrapartida, a estrutura lógica da teoria crítica consegue perfeitamente captar dimensão histórica dos fenômenos, dos indivíduos e das sociedades.

Mas a teoria crítica não se esgota em relacionar uma realidade dada aos conceitos preestabelecidos. Ao analisar o efeito regulador dos processos de troca sobre a organização da economia burguesa, Marx – na leitura de Horkheimer – se deixaria orientar pelo futuro. A relação entre realidade e conceitos não é, por isso mesmo, análoga à que existe entre casos particulares e uma categoria ou espécie, e não ocorre através de mera indução ou dedução como é o caso da teoria tradicional²⁰⁹. Horkheimer, Benjamin, Adorno e também Marcuse participaram dessa perspectiva que, de Montaigne ao Romantismo, desconfia do sentido definitivo ou único das coisas, da verdade uma e uma, na ciência e na história. Frente à lógica do incontrovertido e da crença em uma objetividade na compreensão das obras de pensamento, “os autores frankfurtianos reconhecem o heterogêneo, o dissonante, o fragmentário, o descontínuo como diagnóstico da própria Filosofia e um método para

²⁰⁶ Neste sentido: NOBRE, Marcos. Modelos de Teoria Crítica. Em: NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papius, 2008, p. 09.

²⁰⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 05.

²⁰⁸ Idem, p. 05.

²⁰⁹ FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 39

interrogar o presente”.²¹⁰ Já Max Horkheimer a associa a um modelo de racionalização cartesiana, delineada como dinâmica de

reflexão que não sai do sujeito propriamente falando e daí opera sobre a realidade enquanto objeto. Assim, ela não se percebe como atuante num contexto social. É uma teoria que repete (...) a ideia de motor imóvel, do pensamento que se pensa a si mesmo e nisto se autocompraz, nisto encontra a sua felicidade e plenitude. Essa ideia de teoria tem como consequência fundamental o seguinte: a natureza, o mundo exterior é o objeto. A Teoria Tradicional, neste sentido, expressa o objetivismo da metafísica clássica. (...) A autossuficiente afirmação da Razão de onde brota a Teoria, é o elemento fundamental da tradição cartesiana. A Teoria Tradicional (...) se recusaria a perceber o trabalho de nossa razão, seja como processo histórico, seja na dimensão dos processos pulsionais, inconscientes.²¹¹

Isso posto, avança-se no sentido de que a “crítica” pode compreender aquele conhecimento que não é dogmático nem permanente, mas que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento sem práxis, “o conhecimento crítico seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade. Somente uma teoria crítica pode resultar na liberação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a liberação do ser humano”.²¹²

Desta forma, a razão, sujeito abstrato da história individual e coletiva do homem em Kant e Hegel, converte-se, na leitura de Horkheimer e Adorno, em uma razão alienada que se desviou do seu objetivo emancipatório original, transformando-se em seu contrário: a razão instrumental, o controle totalitário da natureza e a dominação incondicional dos homens. A essência da dialética do esclarecimento consiste em mostrar como a razão abrangente e humanística, posta a serviço da liberdade e emancipação dos homens, se atrofiou resultando razão instrumental. Na “Teoria tradicional e crítica”, em contraste, Horkheimer enfatiza, não a comunhão de objetivos, mas o possível conflito entre os setores avançados da classe e os indivíduos que dizem a verdade a respeito dela, bem como o conflito entre os setores mais avançados, com seus teorizadores, e o restante da classe. A união das forças sociais que prometem a liberação é conflitiva. Em vez de uma aliança com as forças progressistas da sociedade, em relação a cujas tarefas o valor da teoria seria determinado,

²¹⁰ MATOS, Olgária Chain Féres, *Introdução*. Em: Horkheimer, Max. *Teoria crítica: uma documentação*. Tradução de Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. XIII-XIV.

²¹¹ STEIN, Ernildo. *Crítica da ideologia e racionalidade*. Porto Alegre-RS: Movimento, 1986, p. 103-104

²¹² WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 05.

Horkheimer “passou a enfatizar o valor da atitude crítica do pensador, cuja relação com essas forças sociais foi vista como sendo de conflito potencial e crítica agressiva”.²¹³

Desta forma, a teoria crítica não pode se confirmar senão na prática transformadora das relações sociais vigentes, não cabendo a ela limitar-se a dizer como as coisas funcionam, senão analisar o funcionamento concreto delas à luz de uma emancipação ao mesmo tempo concretamente possível e bloqueada pelas relações sociais vigentes.

A teoria não é, pois, já uma contemplação nem investigação científica, mas uma forma de vida guiada pelo interesse emancipador, ou, no dizer do próprio Horkheimer:

la teoría crítica está en contradicción con el concepto formalista de espíritu en que se basa dicha teoría de la *intelligentsia*. Para ella solo existe una verdad, y los predicados positivos de honestidad y coherencia interna, de racionalidad, de esfuerzo por la paz, libertad y felicidad no pueden atribuirse en el mismo sentido a cualquier otra teoría o praxis. No hay una teoría de la sociedad, ni siquiera la del sociólogo que generaliza, que no incluya intereses políticos acerca de cuya verdad haya que decidir, ya no mediante una reflexión neutral en apariencia, sino nuevamente actuando y pensando, es decir en la actividad histórica concreta.²¹⁴

Uma teoria que se mantenha em constante abertura com o diálogo e as experiências reais, como um posicionamento básico voltado para assumir politicamente uma realidade que chama a atenção e compromete. Helio Gallardo afirma que uma teoria é crítica se busca compreender tanto as situações de discriminação como a base sistêmica ou estrutural que as produz, passando necessariamente pelos seguintes pontos²¹⁵:

Primeiro, reconhecer-se como consciência/ação situada no interior de um sistema social e, sendo, por isso, determinada conflitivamente por este.

Segundo, colocar-se como ator possível de um sistema social que, por conter princípios de dominação ou império estrutural/sistêmico, é conflitivo.

²¹³ BENHABIB, Seyla. A crítica da razão instrumental. Em: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 73.

²¹⁴ HORKHEIMER, Max. Teoría tradicional y teoría crítica. Em: HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Tradução de Edgardo Albizu e Carlos Luis. Buenos Aires: Amorrortu, 2003, p. 253.

²¹⁵ GALLARDO, Helio. *Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana*. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%204/Redhes4-03.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2016, p. 68-69.

Terceiro, assumir que em formações sociais com conflitos estruturais se produzem diversos posicionamentos e racionalidades encontradas desde e frente a processos ou fatos sociais, sendo que tais elementos determinam os diversos atores sociais.

Quarto, apontar que em todas as situações sociais conflitivas resulta factível criar condições que promovam a remoção e a liquidação dos fatores situacionais que constituem e reproduzem as dominações/sujeições sociais e que essa remoção implica a compreensão do sistema social que as gera, de suas hierarquias e instituições nucleares.

Quinto, reconhecer que os atores (com capacidades de autodeterminação) da criação dessas condições de transformações e câmbio libertador podem ser valorados como setores populares em uma formação social determinada. Esses setores se consideram capacitados para constituir-se como eventuais forças sociais, é dizer, incidentes, cujas tramas e instituições de libertação contém sua própria ética (derivada de uma sensibilidade contestadora e utópica) que se sustenta em uma antropologia e conduz uma política que se entende como libertadoras porque – em um primeiro momento – enfrentam as lógicas de dominação e proporcionam aqueles que lutam uma autoestima legítima.

Em suma, como nos lembra Herrera Flores, quando propomos uma teoria crítica no campo dos direitos humanos, “nosso fim é claro: propor uma nova cultura de direitos humanos na qual, se os fatos contradisserem a teoria, pior para a teoria”.²¹⁶

2.4 Teoria crítica dos direitos humanos: racionalidade de resistência

Transportando as características e os aportes da teoria crítica para a temática dos direitos humanos, é imperioso reconhecer – como nos recorda Helio Gallardo²¹⁷ – que (I) os direitos humanos não caem do céu ou nascem por outros fatores biológicos da natureza humana; (II) as forças sociais que dirigem inicialmente as mudanças que conduzirão política e culturalmente a proposta de ideologias de direitos humanos, e também das instituições que as legitimam, é, em um longo processo econômico e cultural, a burguesia emergente com um

²¹⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 98.

²¹⁷ GALLARDO, Helio. *Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana*. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%204/Redhes4-03.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2016, p. 69-71.

discurso urbano e clerical de massas que tornam factíveis suas ações contestatórias; (III) a sensibilidade crítica centra sua atenção nas relações sociais que constituem a base do sistema de dominação e de sua reprodução, e em suas peculiaridades econômicas, sociais, políticas, culturais e ideológicas; e (IV) os direitos humanos surgem das lutas sociais que legitimam seus valores ao traduzir-se em uma sensibilidade cultural coletiva que os institucionaliza.

De fato, se os direitos humanos não “caem do céu” e tampouco são uma projeção de uma metafísica da dignidade humana, necessitamos, assim, entender os direitos humanos não só pela concepção tradicional (e hegemônica) que dita seu conceito universal e natural, mesmo quando grande parte da população é excluída do processo social, mas, ao contrário, compreender que não há somente uma única teoria sobre esses direitos e que podem coexistir várias concepções e entendimentos diferentes.

As garantias jurídicas e as políticas públicas não podem ser uniformes e sequer tratar os titulares de direitos como meros objetos de intervenção, mas sim, ao contrário, devem se adequar as reais e concretas situações. Por isso, explica Carol Proner:

las garantías son esenciales como parte del proceso de lucha, pero muchas veces son insuficientes o ineficaces. Por un lado es preciso evitar la tendencia al rechazo de la propia norma, el impulso a la descalificación inmediata generado por el pensamiento crítico, pero por otro es preciso somete-la misma norma a prueba del contexto, de la historia, de la capacidad de transformación, aplicar sobre la norma la técnica de la visibilización de sus debilidades y contradicciones.²¹⁸

Em prol de uma “libertação” dos direitos humanos, leciona Germán Gutiérrez:

urge liberar los derechos humanos. Liberarlos del formalismo jurídico que no sólo ha mostrado ser funcional al sistema de muerte, sino que desarrolla hoy en día una utopía de ciudadanía del mundo cosmopolita a partir de un imaginario jurídico de derechos humanos como ley planetaria. No se trata de rechazar la juridicidad actual fruto de transcendentales luchas emancipatorias. Se trata de liberarla del utopismo institucional que se ha constituido a partir de ella, y que hoy es instrumento de un poder imperial occidental. Esto significa eliminar la visión de los derechos humanos como proyecto de sociedad a construir y legitima cualquier medio para su materialización. Los derechos humanos como juridicidad son recuperables solo con apoyo a las luchas de resistencia de las víctimas y no como instrumento de legitimación de ningún orden social o institucional.²¹⁹

²¹⁸ PRONER, Carol. *Reinventando los derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores*. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoría Crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 34.

²¹⁹ “urge liberar os direitos humanos. Liberar-os do formalismo jurídico que não só se mostrou ser funcional ao sistema de morte, senão que desenvolve hoje em di uma utopia de cidadania do mundo cosmopolita a partir de um imaginário jurídico de direitos humanos como lei planetária. Não se trata de rechaçar a juridicidade atual fruto de transcendentais lutas emancipatórias. Se trata de libertá-la do utopismo institucional que se construiu a partir dela, e que hoje é instrumento de um poder imperial ocidental. Isto significa eliminar a visão dos direitos humanos como projeto de sociedade a construir e

Ademais, as afirmativas de que não devemos seguir pensando sobre o conceito de direitos humanos porque já está suficientemente elaborado e pensado por um conjunto de autoridades acadêmicas constituem um ataque dirigido contra a capacidade humana de reformular continuamente o mundo em que vivemos.

O novo é produzido por nossa capacidade cultural de criação de sentidos mundanos. O novo não é algo alheio a nós. Pensar as lutas pela dignidade humana é problematizar a realidade. Não pretendemos, pois, negar os modos tradicionais e comuns de abordar os direitos humanos, mas afirmar uma nova posição que problematize, em primeiro lugar, tais formas tradicionais e hegemônicas e, num segundo momento, tudo aquilo que nos venha dado como se fosse independente de nossa ação e intervenção no mundo.

É que o fundamento existencial e de legitimidade dos direitos humanos “se encuentra en la sociedad civil, en su dinámica emergente libertadora o, lo que es semejante, en sus movimientos y movilizaciones sociales contestatarias”.²²⁰ Sedimentando o compromisso de assumir uma teoria (e uma perspectiva) crítica, integradora e contextualizada para complementar as práticas e dinâmicas sociais, destaca Joaquín Herrera Flores que:

nosso compromisso, na qualidade de pessoas que refletem sobre — e se comprometem com — os direitos humanos, reside em colocar “frases” às práticas sociais de indivíduos e grupos que lutam cotidianamente para que esses “fatos” que ocorrem nos contextos concretos e materiais em que vivemos possam ser transformados em outros mais justos, equilibrados e igualitários. Por isso, a verdade é posta por aqueles que lutam pelos direitos. A nós compete o papel de colocar as frases. E este é o único modo de ir complementando a teoria com a prática e com as dinâmicas sociais: chave do critério de verdade de toda reflexão intelectual.²²¹

A indignação frente ao intolerável nos deve induzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas. Há que se ampliar e expandir as lutas que se dão no presente e reduzir o plano das expectativas futuras. O único caminho que nos possibilitará ampliar e expandir nossas experiências cotidianas, e, a partir de elas, construindo e reconstruindo

legítima qualquer meio para sua materialização. Os direitos humanos como juridicidade são recuperáveis somente como apoio as lutas de resistência das vítimas e não como instrumento de legitimação de nenhuma ordem social ou institucional”. (tradução livre). GUTIÉRREZ, Germán. *Globalización y liberación de los derechos humanos*. Em: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 198-199.

²²⁰ “se encontra na sociedade civil, em sua dinâmica emergente libertadora ou, o que é semelhante, em seus movimentos e mobilizações sociais contestadoras”. (tradução livre). GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008, p. 31.

²²¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux e IDHID, 2009, p. 31.

alternativas reais e possíveis no mundo em que vivemos. Eis o apelo de Edward Said: “mesmo que o caminho pareça difícil, ele jamais deve ser abandonado. Se qualquer um de nós for eliminado, dez outros devem tomar o lugar. Essa é a marca genuína de nossa luta, e nem a censura nem a simples cumplicidade covarde podem impedir seu êxito”.²²²

A adoção de uma teoria crítica dos direitos humanos é urgente, uma vez que “a intenção da teoria crítica é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado”.²²³ Uma concepção emancipadora como forma de luta e prática social que pode (se cruzar com a realidade) servir de incentivo para a construção de um mundo melhor e mais justo. Essa conceitualização deve refletir sobre os direitos em prol de melhores distribuições dos recursos e riquezas, de relações não-exploradoras e da eliminação das múltiplas exclusões nas quais vive uma imensidade de seres humanos.

Registre-se, ainda, que os direitos humanos devem ser compreendidos não como um dado histórico e sim um construído, uma invenção (e intervenção) humana em constante processo de construção e reconstrução, ou seja, uma racionalidade de resistência na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana:

el fundamento de derechos humanos está en otro mundo posible, derivado de las luchas de diversas sociedades civiles emergentes modernas, y en la capacidad de estas luchas para conseguir la judicialización de sus demandas y la incorporación de su sensibilidad específica o peculiar en la cultura reinante y en la cotidianidad que se sigue de ella y que potencia su reproducción.²²⁴

Joaquín Herrera Flores nos propõe uma teoria crítica dos direitos humanos que pretende fugir desse círculo vicioso em que nos encerra o aparente simplismo da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Para tanto, no objetivo de apresentar seu pensamento, o filósofo espanhol particulariza sua teoria por meio de três níveis de trabalho: “o quê” dos direitos; “por quê” dos direitos; e “para quê”.

²²² SAID, Edward. *Cultura e política*. Tradução de Luiz Bernardo Pericás. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 115.

²²³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 09.

²²⁴ “o fundamento dos direitos humanos está em outro mundo possível, derivado das lutas de diversas sociedades civis emergentes modernas, e na capacidade destas lutas para conseguir a judicialização de suas demandas e a incorporação de sua sensibilidade específica ou peculiar na cultura reinante e na cotidianidade que se segue dela e que potencia sua reprodução”. (tradução livre). GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: 2008, p. 05

No primeiro nível, Herrera Flores estabelece que os direitos humanos – mais que direitos propriamente ditos – são processos, é dizer, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para a vida. Isso implica na necessidade de reconhecer que os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados em nível nacional ou internacional, afinal “admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso”.²²⁵ Os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas.

Por isso, complementa Herrera Flores, “nós não começamos pelos direitos, mas sim pelos bens exigíveis para se viver com dignidade (...) os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens”.²²⁶ Assim, quando falamos de direitos humanos, falamos de dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito:

quer dizer, ao lutar por ter acesso aos bens, os atores e atrizes sociais que se comprometem com os direitos humanos colocam em funcionamento práticas sociais dirigidas a nos dotar, todos e todas, de meios e instrumentos – políticos, sociais, econômicos, culturais ou jurídicos – que nos possibilitem construir as condições materiais e imateriais necessárias para poder viver.²²⁷

Em um segundo nível, no “por quê” de todas essas lutas, ou melhor, as razões pelas quais construímos essa convenção que chamamos de direitos humanos, devemos reconhecer que “promovemos processos de direitos humanos, primeiro, porque necessitamos ter acesso aos bens exigíveis para viver e, segundo, porque eles não caem do céu, nem vão correr pelos rios de mel de algum paraíso terrestre”.²²⁸

Começamos a lutar pelos direitos porque consideramos injustos e desiguais os processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

²²⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux e IDHID, 2009, p.34.

²²⁶ Idem, p. 34.

²²⁷ Idem, p. 35.

²²⁸ Idem, p. 36.

É que o acesso aos bens, sempre e em todo momento, insere-se num processo mais amplo que faz com que uns tenham mais facilidade para obtê-los e que a outros seja mais difícil ou, até mesmo, impossível de obter. Importante destacar que a teoria hegemônica não explica o “por quê” dos direitos humanos, justamente pelo fato de que se detém no “o quê” dos direitos. Ora, se todos já têm direitos humanos pelo simples fato de haverem nascido, isso implica na desnecessidade de lutar pelo acesso aos bens.

No terceiro nível, a teoria crítica dos direitos humanos indica que lutamos “para quê” o resultado de nossas lutas seja a dignidade humana, entendida não somente como o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “*a priori*” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação.

No entanto, adverte Herrera Flores, “falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja digna de ser vivida”.²²⁹ Quer dizer, estamos marcando os fins que buscaremos na hora de levar adiante nossas práticas sociais sob a forma dos direitos humanos.

Analisando a teoria proposta por Herrera Flores, Carol Proner destaca que a proposta teórica do autor “sigue un sentido contrario a las propuestas de las corrientes teóricas abstraccionistas. Al hacer teoría crítica y contextualizada de los derechos humanos, trabaja propositivamente sobre el concreto, al mismo tiempo que no evita poner a prueba el potencial de aplicabilidad de los propios análisis al confrontarlos con las prácticas sociales”.²³⁰

Os direitos humanos devem ser entendidos como processos de luta pela abertura e consolidação dos espaços da dignidade humana. Uma teoria crítica que conceba e reflexione sobre os direitos na possibilidade de melhor distribuição da riqueza, de um melhoramento da relação dos explorados do sistema e, por fim, da eliminação das múltiplas formas de exclusão em que vivem os seres humanos. A luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da

²²⁹ Idem, p. 37.

²³⁰ PRONER, Carol. Reinventando los derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoría Crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27.

luta por democracia e justiça. Os direitos humanos entendidos como prática social, como expressão axiológica, normativa e institucional que, em cada contexto, abre e consolida espaços de luta por uma vida mais digna, não se reduzem a um único momento histórico e a uma única dimensão jurídico-procedimental.

E, explicando sua teoria crítica, segue o autor espanhol:

O “direito” dos direitos humanos é, portanto, um meio – uma técnica – entre muitos outros, na hora de garantir o resultado das lutas e interesses sociais e, como tal, não pode se afastar das ideologias e das expectativas dos que controlam seu funcionamento, tanto no âmbito nacional como no âmbito internacional. Certamente, cabe um uso alternativo do jurídico que o interprete ou o aplique em função dos interesses e expectativas das maiorias sociais. Contudo, tal uso dever ser impulsionado tanto de baixo – desde os movimentos sociais, Ong’s, sindicatos – como de cima – como os partidos políticos. Então, são as ações sociais “de baixo” as que podem nos situar no caminho para a emancipação em relação aos valores e aos processos de divisão do fazer humano hegemônico. O direito não vai surgir, nem funcionar, por si só. As normas jurídicas poderão cumprir uma função mais em concordância com o “que ocorre em nossas realidades” se as colocarmos em funcionamento – a partir de cima, mas, sobretudo, a partir de baixo – assumindo desde o princípio uma perspectiva contextual e crítica, quer dizer, emancipadora.²³¹

A proposta é, pois, um conceito de direitos humanos que se traduza mais do que o conjunto de normas formais (internacionais e nacionais) que os declarem. É dizer: os direitos humanos não se limitam aos tratados, declarações e constituições nacionais, mas, sim, resultado de lutas sociais e coletivas que buscam a construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam a subjetividade coletiva se tornar sujeito absoluto dos processos de potência. De fato, a multidão oprimida deve se tornar sujeito absoluto dos processos de potência, com suas pretensões e respeito, levando a cabo lutas de caráter emancipatório e, sobretudo, abrindo espaços para um diálogo libertador (e de confrontação), ou, como afirma Boaventura de Sousa Santos:

em todo o mundo muitos milhares de pessoas e de organizações não-governamentais têm vindo a lutar pelos direitos humanos, muitas vezes correndo grandes riscos, em defesa de classes sociais e grupos oprimidos, vitimizados por Estados autoritários e por práticas económicas excludentes ou por práticas políticas e culturais discriminatórias. Os objectivos políticos de tais lutas são emancipatórios e por vezes explícita ou implicitamente anticapitalistas. isto quer dizer que, paralelamente aos discursos e práticas que fazem dos direitos humanos um localismo globalizado, têm vindo a desenvolver-se discursos e práticas contra-hegemónicas que, além de verem nos direitos humanos uma arma de luta contra a opressão independente de condições geo-estratégicas, avançam propostas de concepções não-ocidentais de direitos humanos e organizam diálogos interculturais sobre os direitos humanos e outros princípios de dignidade humana. À luz destes

²³¹ Idem, p.24.

desenvolvimentos, creio que a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e a prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, num projecto cosmopolita.²³²

Com efeito, a luta pelos direitos humanos e suas respectivas garantias devem abrir e consolidar espaços e opções em direção de um mundo menos injusto e cruel, como mecanismo de apelação e enfrentamento contra a adversidade consciente (e/ou inconsciente) provocada desde as múltiplas e variadas expressões de poder.

Tudo, ao final, para que possamos construir uma alternativa ao conceito, ao pensar e a prática dos direitos humanos, no objetivo de evitar (e, quiçá, reduzir) as desigualdades e a reverter à realidade – retratada por Pablo Neruda – de que “para o meu povo não lhe permitiram a vida e lhe negaram sepultura”.²³³

É preciso fornecer uma alternativa para o sistema de valores estabelecido oficialmente, afinal, ao considerar o político como algo alheio das lutas pela dignidade humana se deixou em suspenso tudo o que depende da política em sua dimensão de relações de força, alteridade, de adversário e de antagonismo ou, como sugere Michael Löwy, “*formar um novo tipo de comunidade que necessariamente incorpore algumas das liberdades modernas mais importantes, a começar pela livre escolha de participar ou não dela*”.²³⁴

A referida retomada do conceito histórico de sujeito como modificador da realidade, materializada através da mobilização social como movimento antissistêmico, necessita da diversidade, da presença ativa dos cidadãos e cidadãs em prol de uma separação das posições naturalistas (que concebem os direitos como uma esfera separada e prévia da ação política democrática) e, sobretudo, de práticas emancipadoras que detenham potencial para legitimar, ampliar e realizar os direitos humanos. Uma constante, permanente e latente oposição à opressão e aos sistemas sociais hierárquicos que colocam a maioria da população em condições desiguais no momento de ascender aos bens (materiais e imateriais). Uma incansável batalha que se origine “*cuando la opresión se agudiza particularmente, o las expectativas se ven especialmente defraudadas o el poder del estrato dominante se muestra*

²³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Em: BALDI, César Augusto [coord.]. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 251-253.

²³³ NERUDA, Pablo. *Memorial de Isla Negra*. Tradução de José Eduardo Degrazia. Porto Alegre: LP&M, 2007, p. 43.

²³⁴ LÖWY, Michael. *A guerra dos deuses: religião e política na América Latina*. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p. 102.

vacilante” e permita ao povo *“alzarse del modo más espontáneo para gritar basta”*.²³⁵ Ou, ainda, uma oposição marcada pelo surgimento plural e alternativo de produção jurídica (pluralismo jurídico) nos termos defendidos por Antonio Carlos Wolkmer:

é desse modo que a retomada e a redimensionalidade do conceito histórico de sujeito está mais uma vez associada a uma tradição de utopias revolucionárias de lutas e resistências. Na presente contemporaneidade, num cenário de exclusões, opressões e carências, as práticas emancipadoras e insurgentes das novas identidades sociais (múltiplos grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, organizações locais e transnacionais, ONGs) revelam-se portadoras potenciais de inovadoras e legítimas formas de fazer política, bem como fonte alternativa e plural de produção jurídica.²³⁶

Uma luta pela construção de condições (materiais e imateriais) necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do alcance do sistema estatal, por meio de atores e mobilização social como sujeitos coletivos para colocar em funcionamento práticas sociais dirigidas para a transformação da atual realidade nacional.

Destaca-se, mais uma vez, a lição de Carol Proner:

al contrario de las teorías sistémicas que procuran encubrir el papel del sujeto y de las prácticas sociales como determinantes de la construcción de derechos y de garantías, la teoría crítica de los derechos humanos recoloca al sujeto en la historia. Por medio de las prácticas sociales se hace posible visualizar las formas de organización y de acción en relación al acceso a los bienes. Es, por tanto, un elemento condicional para el surgimiento del pensamiento crítico en las y para las colectividades sociales determinadas, que éstas deseen y necesiten una visión alternativa para sentirse seguras a la hora de luchar por criterios de dignidad humana y por el acceso a bienes.²³⁷

Assim, com uma atuação da sociedade em geral (sujeitos coletivos) na luta pela implementação de novas diretrizes para pactuar experiências cotidianas centradas na autogestão, na solidariedade e na democracia participativa²³⁸ (mobilização social como movimento antissistêmico para operar novas linhas de potência emancipatórias), acreditamos que serão estabelecidos novos patamares (âmbito social, jurídico, político e econômico) em

²³⁵ “quando a opressão se agrava particularmente, ou as expectativas se veem especialmente defraudadas ou o poder do extrato dominante se mostra vacilante” e “alçar-se do modo mais espontâneo para gritar basta”. (tradução livre). ARRIGHI, Giovanni; HOPKINS, Terence; WALLERSTEIN, Immanuel. *Movimientos antisistémicos*. Tradução de Carlos Prieto del Campo. Madrid: Akal, 1999, p. 29.

²³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 209.

²³⁷ PRONER, Carol. *Reinventando los derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores*. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoría Crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 34.

²³⁸ Neste sentido: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 133.

relação a melhores condições na hora de se ascender aos bens indispensáveis a uma vida digna. Eis o clamor de Chantal Mouffe, que pugna pelo retorno do político:

o político não pode ser limitado a um certo tipo de instituição ou encarado como constituindo um esfera ou nível específico da sociedade. Tem de ser concebido como uma dimensão inerente a todas as sociedades humanas e que determina a nossa própria condição ontológica. Uma tal concepção do político está em profunda contradição com o pensamento liberal, sendo precisamente esta a razão do espanto deste pensamento quando se vê confrontado com o fenómeno da hostilidade nas suas múltiplas formas. Isto é particularmente evidente na incompreensão dos movimentos políticos, que são vistos como a expressão das chamadas massas.²³⁹

Desta forma, as bases de nossa teoria crítica dos direitos humanos estariam esquematizadas em cinco pontos²⁴⁰ básicos assim reproduzidos:

Primeiro, devemos começar reconhecendo que nascemos e vivemos com a necessidade de satisfazer conjuntos culturalmente determinados de bens materiais e imateriais e, dependendo do entorno de relações nas quais vivamos, serão os bens a que tentamos ter acesso. Mas, em primeiro lugar não são os direitos, são os bens.

Segundo, devemos ter em conta que temos de satisfazer nossas necessidades imersos em sistemas de valores e processos que impõe um acesso restringido, desigual e hierarquizado aos bens, sendo este fato materializado ao longo da história por meio de marcos hegemônicos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

Terceiro, a história dos grupos marginalizados e oprimidos por esses processos de divisão do fazer humano é a história do esforço para levar adiante práticas e dinâmicas sociais de luta contra esses mesmos grupos. Daí corresponder a nós pôr as frases dos direitos, mas admitir que a verdade deles reside em lutas raramente recompensadas com o êxito.

Quarto, o objetivo fundamental de tais lutas não é outro que poder viver com dignidade, o que, em termos materiais, significa generalizar processos igualitários (e não hierarquizados “*a priori*”) de acesso aos bens materiais e imateriais que levam a dignidade.

Quinto, se temos o poder político e legislativo necessários para estabelecer sistemas de garantias (econômicas, políticas, sociais e, sobretudo, jurídicas) que

²³⁹ MOUFFE, Chantal. *O regresso do Político*. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 13.

²⁴⁰ Idem, p. 38-39.

comprometam as instituições nacionais e internacionais ao cumprimento daquilo conquistado por essas lutas pela dignidade de todos e todas.

Desta forma, destaca Herrera Flores, para nós, “o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”.²⁴¹

2.5 Diamante ético: marco pedagógico para o ensino e a prática dos direitos humanos

Uma vez adotada a mencionada perspectiva crítica e entendendo, pensando e agindo os direitos humanos como processos institucionais e sociais que possibilitam a abertura e consolidação dos espaços de luta pela dignidade humana, resta apresentar a figura do diamante ético como marco pedagógico para o ensino e a prática dos direitos humanos.

No objetivo de facilitar o processo de utilização por parte dos atores da realidade social (e dos seus diferentes *campos*, na definição de Pierre Bourdieu²⁴²) a imagem proposta pelo filósofo espanhol Joaquín Herrera Flores é a do diamante ético.

De fato, para a compreensão e aplicação prática da teoria crítica dos direitos humanos utilizamos o diamante ético como instrumento que nos permite visualizar a profundidade e amplitude da concepção complexa e relacional dos direitos humanos apresentada. Sim, a metáfora do diamante: a pedra preciosa, de cristal transparente, que inter-relaciona e torna visível todos os seus pontos e linhas. A joia que pode ser vista em sua profundidade (e não somente seu plano estrutural) e que serve para concretizar os elementos contextuais para uma análise dos direitos humanos na modernidade. É dizer: trabalhar e pensar os direitos humanos de forma contextual.

Trata-se de uma figura ou esquema de conhecimento e ação.

²⁴¹ Idem, p. 39.

²⁴² BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo*. Tradução de Denise Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004.

Em verdade, a imagem utilizada por Joaquín Herrera Flores objetiva afirmar a interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo moderno e, em específico, gerar a capacidade de compreensão de uma situação social na qual estão em jogo formas de satisfação de determinadas necessidades humanas desde uma concepção materialista e relacional dos direitos humanos.

Ademais, complementa Joaquín Herrera Flores, o objetivo da imagem se baseia na ideia de que: “tanto a dignidade humana como os direitos não são elementos isolados e, também, não são dados com antecedência, mas sim construídos passo a passo pela própria comunidade ou grupo afetado, o que lhes outorga um caráter de direitos em movimento que se podem gerar e revisar através da metodologia que se propõe”.²⁴³

É que os direitos humanos – vistos em sua real complexidade – constituem um marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições básicas para que todos e todas possam levar a cabo a prática de sua concepção da dignidade humana.

Em resumo: a proposta de utilização é oferecer uma figura útil para o ensino de um tema tão plural, tão híbrido e tão impuro como é o dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, estabelecer as bases que permitirão construir uma prática complexa que saiba unir os diferentes elementos que compõe o conceito.

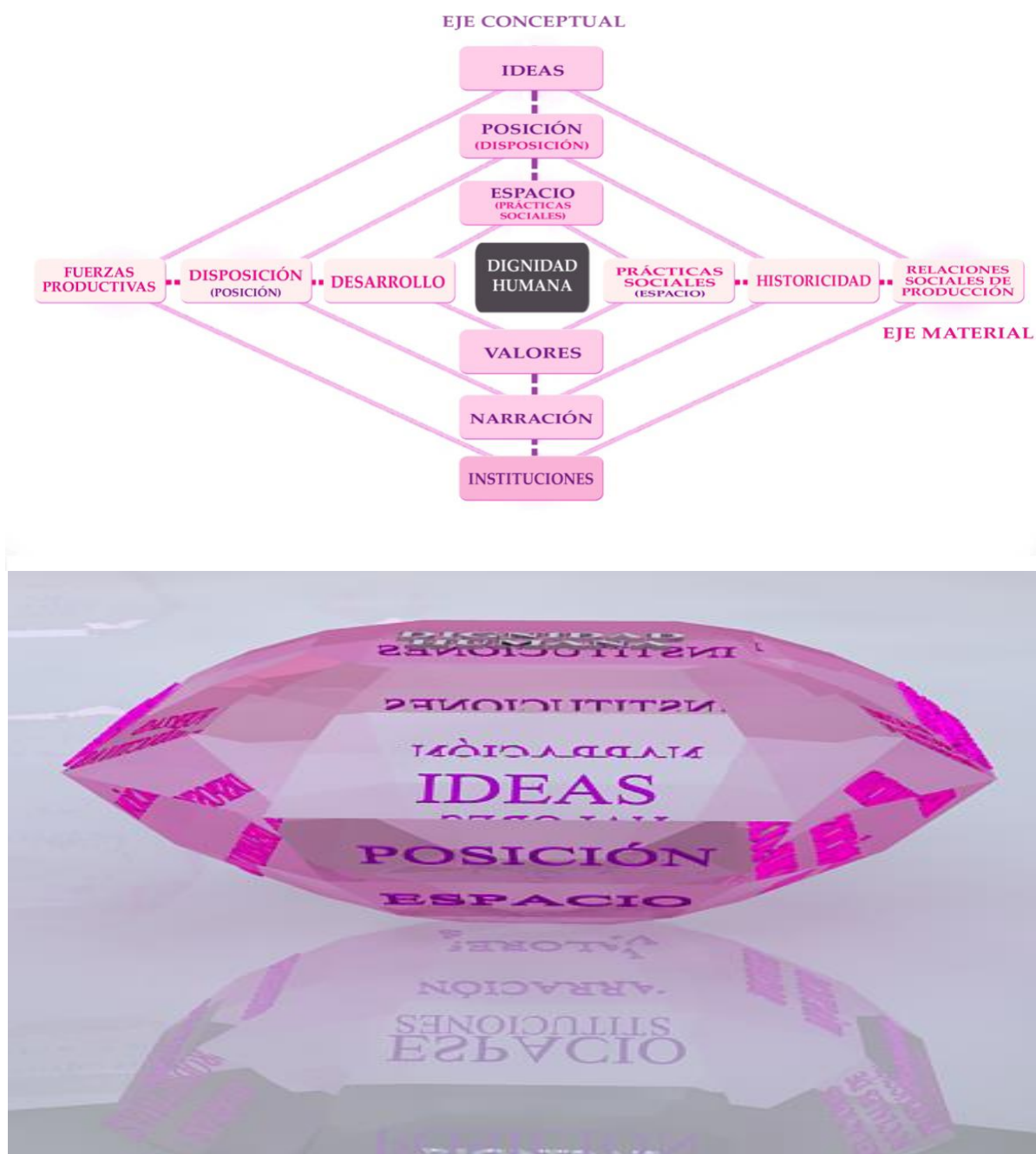
O diamante ético possui três capas (ou camadas), todas com pontos diferentes, mas com conexão mútua e em constante movimento. De forma idêntica, a imagem da joia é formada por dois eixos: material-vertical e conceitual-horizontal. Na primeira capa estão as teorias, as forças produtivas, as instituições e as relações sociais de produção. Na segunda capa encontra-se a posição, a disposição, a narração e a historicidade. E na terceira capa aparece o espaço, o desenvolvimento, os valores e as práticas sociais.

Tais elementos estão ordenados em um cruzamento de coordenadas que permitem identificar todos os pontos entre os quais é possível estabelecer relações de análise para a situação que se pretende revisar: os quadrados horizontais contêm os elementos do

²⁴³ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 123.

que chamamos de “eixo material”, e os verticais, os elementos do “eixo conceitual”, coincidindo os dois no centro do “diamante”, onde se situa a ideia de dignidade humana.

Graficamente o diamante ético pode ser assim visualizado pela figura tridimensional criada por Carlos Roberto Diogo Garcia²⁴⁴:



²⁴⁴ GARCIA, Carlos Roberto Diogo. *Saúde e Ministério Público: em busca de uma prática impura dos direitos humanos*. Tesina (Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo). Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2008, p. 20.

Carol Proner define o diamante como uma estratégia metodológica:

el esquema del 'diamante ético' puede ser entendido como una estrategia metodológica, un soporte de análisis que permite determinar los elementos relevantes a ser considerados en una investigación crítica en materia de derechos humanos porque parte de un 'universalismo de combate': garantizar a todos la posibilidad de luchar, plural y diferenciadamente, por la dignidad humana. La figura tiene su utilidad en el momento de abordar temas tan híbridos porque hace prever elementos que nos permiten visibilizar, desestabilizar y proponer argumentos, caminos, hipótesis que contemplen la posibilidad de lucha por dignidad humana.²⁴⁵

Herrera Flores esclarece que o que se busca é gerar a capacidade de compreender uma situação social na qual estão em jogo as formas de satisfação de determinadas necessidades humanas desde uma concepção materialista e relacional dos direitos humanos, por isso o pede que a figura do diamante ético seja vista em movimento e em toda sua profundidade²⁴⁶. Os elementos do diamante ético são conceituados da seguinte maneira²⁴⁷:

EIXO MATERIAL-VERTICAL	
FORÇAS PRODUTIVAS	As tecnologias, tipos de trabalho e processos econômicos que levam a produção de um bem ou serviço (exemplo: produção industrial e agrícola).
RELAÇÃO SOCIAL DE PRODUÇÃO	Forma de relacionar-se de quem intervém na produção de bens e serviços, seja entre eles mesmos, seja com a natureza (exemplo: cooperativa; empresa privada; trabalho livre).
DISPOSIÇÕES	Consciência da situação que se ocupa no processo de acesso aos bens e consciência de como se atua dentro deste processo (exemplo: sou favorecido ou desfavorecido; explorado ou tratado como igual).
HISTORICIDADE	Situação de um processo social atendendo as suas causas históricas e aos grupos que deram origem, assim como aos efeitos e momentos em que se encontra o referido processo (exemplo: o desemprego, quando se originou? Quem tomou a decisão? Qual momento estamos analisando?).
DESENVOLVIMENTO	Processo e situação atual de criação de condições sociais, econômicas e culturais que permitem ou impedem o acesso aos bens (exemplo: desenvolvidos e com pleno acesso aos bens; com acesso limitado ou até mesmo excluídos).

²⁴⁵ PRONER, Carol. Reinventando los derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoría Crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 33.

²⁴⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 121.

²⁴⁷ Idem, 126-127.

PRÁTICAS SOCIAIS	Formas de organização e ação a favor ou contra da situação de acesso aos bens que se pretende (exemplo: grupo organizado em mobilização pelo acesso; indivíduos isolados e em inatividade).
------------------	---

EIXO CONCEITUAL-HORIZONTAL	
TEORIAS	Formas de enxergar um processo ou uma coisa e que nos dão uma ideia delas (exemplo: o trabalho é uma obrigação; todos são dotados dos direitos humanos; os direitos humanos se conquistam).
VALORES	Preferências individuais ou coletivas, majoritárias e minoritárias, a respeito de alguma coisa, bem ou situação social e que permitem a relação com os outros (exemplo: a cooperação é boa; o trabalho dignifica; o dinheiro é a medida da felicidade).
POSIÇÃO	Lugar que se ocupa nas relações sociais e que determina a forma de ascender aos bens (exemplo: pobre; rico; classe média; campesino).
ESPAÇO	Lugares físicos, geográficos, humanos ou culturais em que ocorrem o conjunto de relações sociais (exemplo: cidade; família; classe social).
NARRAÇÕES	Formas como definimos as coisas ou situações. Modos a partir dos quais nos definem e nos dizem como se deve participar nas relações sociais (exemplo: novelas; textos; discursos; imagens).
INSTITUIÇÕES	Normas, regras e procedimentos que articulam hierárquica e burocraticamente a resolução de um conflito ou satisfação de uma expectativa (exemplo: Parlamento, família, Poder Judiciário).

Desta forma, tal metodologia relacional não implica necessariamente entender o objeto a ser estudado sob todas as relações e conexões do diamante ético, ao contrário, devemos saber escolher que relações ou conexões queremos elucidar de um fenômeno, sem esquecer de sua integração na totalidade do real, sendo que “a questão principal radical, pois, em ter uma metodologia que nos permita ver os direitos desde múltiplas visões, todas elas contextualizadas e situadas. De um modo muito geral e pedagógico, podemos escolher entre uma visão vertical ou horizontal do diamante”.²⁴⁸

²⁴⁸ Idem, p. 145.

2.6 Palavras finais: das lutas aos direitos

No presente capítulo objetivamos demonstrar a crise da racionalidade do tempo atual (o velho está morrendo e o novo ainda não pode nascer), afirmando a necessidade da adoção de uma consciência crítica que nos auxilie para abordar – forma emancipadora – referida crise. Para tanto, é imperioso assumir nossa teoria como crítica e compromissada para entender os direitos humanos – não como meras abstrações – como processos, sempre provisórios, das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para a vida.

Por fim, para aplicar a teoria crítica dos direitos humanos aos casos concretos, apresentamos a figura do diamante ético como instrumento pedagógico de ação.

Disto nos ocuparemos nos capítulos seguintes.

CAPÍTULO 3 – Os centros de sentidos do castigo e o discurso do Supremo Tribunal Federal brasileiro

a punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício (Michel Foucault).

como se tinham tornado criminosos, inventaram a justiça e redigiram códigos para a encerrarem neles, e, para assegurar o cumprimento desses códigos, ergueram a guilhotina (Fiódor Dostoiévski).

3.1 Narrações: centros de sentido para o castigo

Na primeira parte do presente capítulo utilizaremos o elemento “narrações” do diamante ético (semântica dos direitos humanos) em busca de uma metodologia específica que nos permita visibilizar os discursos oficiais e legitimadores da pena criminal.

As narrações, segundo Herrera Flores, compreendem as formas como definimos as coisas ou situações, ou modos a partir dos quais as coisas ou situações nos são definidas²⁴⁹.

O filósofo espanhol nos alerta que os temas de direitos humanos (e, por suposto, a questão do castigo penal e suas teorias justificacionistas) não são categorias harmônicas situadas em planos ideais de consenso em razão da existência de uma sucessão de experiências discrepantes e que, em razão de tais discrepâncias, “que fazem com que os direitos não sejam algo estático, nos obrigam a estar atentos às plurais e diferentes narrações que sobre eles encontramos em diferentes culturas e formas de vida”.²⁵⁰

²⁴⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 125.

²⁵⁰ Idem, p. 132.

Precisamos, pois, apresentar a forma na qual a punição é apresentada e legitimada na legislação penal brasileira, para poder, na segunda parte desse capítulo, analisar o inteiro teor da decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil que admitiu a execução da pena criminal antes do julgamento definitivo do réu, ou seja, antes do trânsito em julgado.

É que o órgão máximo do sistema judicial brasileiro ao decidir pela possibilidade do início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença de segundo grau adota uma medida de política criminal ancorada em um discurso sobre o porquê da punição e as respectivas funções que o poder punitivo deve possuir.

Por isso a imprescindibilidade do elemento “narrações” de nossa teoria crítica dos direitos humanos. As razões para se punir que o homem constrói para praticar ou aplicar o mal a outro homem, em nome da justiça. Como esclarece Frédéric Gros, as narrativas sobre “o direito de punir devem enfrentar esse momento em que uma ideia do bem se articula com o mal que se faz a outrem, em que a noção pura de justiça autoriza uma realidade do sofrimento.”²⁵¹ Para justificar o castigo os conceitos multiplicam-se: expiação, reabilitação, regeneração, retorsão, educação, restauração, reforma, reestruturação, vingança, reconhecimento, defesa, luto das vítimas, melhoria, segurança, exemplaridade.

Para Zaffaroni o direito penal se ocupa da interpretação das leis penais, sendo que tais leis habilitam o poder punitivo, ou seja: impõem penas. É o que o maestro argentino chama de “horizonte de projeção” (definição dos entes que cada ciência se ocupa), que, no caso do direito penal, “son leyes y el hecho político del castigo en sociedad”.²⁵²

Desse modo resulta que a delimitação do campo do direito penal está sempre vinculada ao conceito da punição criminal. Se não precisarmos tal definição resta impossível estabelecer o universo de atuação do direito penal enquanto saber jurídico. Mir Puig nos recorda que “la función del Derecho penal depende de la función que se asigne a la pena como medio más característico de intervención del Derecho penal”.²⁵³

²⁵¹ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia. E a justiça será*. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 12.

²⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 29.

²⁵³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 87.

Claus Roxin estabelece que a punição é ponto de referência comum a todos os preceitos jurídico-penais, de tal modo que o direito penal, no sentido formal, pode ser definido por suas sanções, uma vez que “si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones – pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos –, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad”.²⁵⁴

Por isso, segue Zaffaroni, o horizonte de projeção do direito penal é sempre problemático, porque justamente não existe um conceito mais ou menos generalizado e pacífico da pena. O que é a pena e para que serve são perguntas que foram respondidas e seguem sendo respondidas de muitos modos diferentes, e – o mais grave – é que cada uma dessas respostas, dado que indica um limite e uma função para o direito penal, deixa de ser uma questão referida ao capítulo da pena para passar a ser uma teoria do direito penal²⁵⁵.

A partir de cada conceito do castigo (do “porquê penar” e “como punir”) se desenvolve um discurso sobre o direito penal, uma fundamentação diferente que deve guardar estreita coerência com a respectiva teoria completa da ciência criminal.

Muñoz Conde afirma que a resposta a essas questões é um dos problemas mais discutidos da ciência do direito penal e a polêmica ultrapassa, inclusive, os limites jurídicos para converter-se em um tema de interesse geral para outras ciências, como a sociologia e a filosofia. O professor espanhol esclarece que para trabalhar com a ideia do castigo se deve, antes de mais nada, distinguir três aspectos da pena: a justificação, o sentido e o seu fim. A problemática está no fato de que se tem um certo consenso sobre o primeiro aspecto, mas não em relação aos demais. Afinal, “la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible”.²⁵⁶ Sua justificação não é, por conseguinte, uma questão religiosa nem filosófica, senão uma amarga necessidade em uma sociedade humana complexa.

²⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 41.

²⁵⁵ Idem, p. 33.

²⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001, p. 70.

A maior discussão encontra-se na fundamentação sobre o “sentido” e o “fim” da pena, resultando na histórica (e ainda atual) “luta das Escolas” que durante muito tempo colocaram o castigo no centro de gravidade das discussões e polêmicas do direito penal. O direito penal, nos adverte Ferrajoli, é o setor do ordenamento jurídico no qual a questão do “se” e do “porquê” se colocam de forma mais problemática e “tal fato revela que o problema da legitimidade política e moral do direito penal como técnica de controle social mediante restrições à liberdade dos cidadãos é, em boa parte, o problema da legitimidade do próprio Estado enquanto monopólio organizado da força”.²⁵⁷

A essas perguntas respondem as teorias sobre o fim da pena e, por suposto, a própria concepção do direito penal enquanto saber científico.

Ora, como afirma Roxin, se o direito penal deve servir à proteção subsidiária dos bens jurídicos (concepção material do delito) e com isso permitir o livre desenvolvimento do indivíduo, então “mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal”.²⁵⁸

Ferrajoli sustenta que o problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um dos seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito. A busca pelo sentido que “justifique” ou torne “aceitável” moral e/ou politicamente a imposição da pena (entendida como violência legal) em oposição à violência ilegal representada pelo delito. Tal problema “colocou em segundo plano as duas outras questões de justificação externa relativa ao ‘se’ e ao ‘porquê’ do direito penal, quais sejam ‘se e porque proibir’, que antecede àquela do ‘se e porque punir’, e ‘se e porque julgar’, consequência das outras duas”.²⁵⁹

Importante registrar, contudo, conforme o faz Paulo Busato, que a necessidade discursiva de justificação das punições se deu no momento de ascensão do princípio da

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 231.

²⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 81.

²⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230.

legalidade, vez que até o surgimento da lei como limite e imposição ao soberano, não havia ou, quando muito, era extremamente reduzida a necessidade de justificação discursiva dos castigos. Isso porque, em geral, o soberano era personificação do Deus ou representava a expressão da vontade de Deus ou, quando menos, dos governados, por razões de justiça previamente dadas e inquestionáveis²⁶⁰. Desse modo “as punições encontravam uma justificação previamente dada na pessoa de quem as impunha, sem necessidade de maiores considerações”.²⁶¹ A partir do momento que surgiu a imposição de uma vontade legítima que condicionou a própria atividade soberana punitiva, apareceu concomitantemente a necessidade de apresentação de uma justificação convincente para o castigo.

Tradicionalmente desde a antiguidade disputam pela definição da finalidade da punição três interpretações fundamentais (teorias absolutas, relativas e unificadoras) que seguem determinando, ainda hoje, o papel da pena em suas diversas combinações. É de se registrar que as maneiras de justificar a punição estão intimamente relacionadas com a evolução história das concepções filosóficas sobre o indivíduo, a sociedade e o Estado.

Por isso Jakobs afirma que “el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido”.²⁶² É que um Estado, para assegurar sua própria existência e para garantir ordem, utilizará a pena como lhe convier, ou como sustenta Mir Puig, “ni la función del Derecho penal puede derivarse de una contemplación de penas y medidas como figuras aisladas del sentido que en cada momento histórico-cultural y en cada modelo de Estado corresponde al Derecho, ni la función del Derecho penal se agota en la función de la pena”.²⁶³

Ferrajoli, ao analisar os discursos sobre a punição e as ideologias penais, classifica as respostas sobre “se e porque proibir”, “se e porque punir” e “se e porque julgar” em duas categorias: uma primeira em princípio positiva, e a segunda, diversamente, em princípio negativa. O pensador italiano denomina as respostas positivas como “justificacionistas”, “eis

²⁶⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 743.

²⁶¹ Idem, p. 743.

²⁶² JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 08.

²⁶³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 87.

que justificam os custos do direito penal com objetivos, razões ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis”²⁶⁴ e as respostas negativas são chamadas de abolicionistas pois “não reconhecem justificação alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constrição que o mesmo produz”.²⁶⁵

De forma idêntica, Zaffaroni também diferencia os discursos legitimadores do castigo em duas vertentes: teorias positivas e negativas da pena. As primeiras acreditam que o castigo é um bem para a sociedade ou para quem sofre a pena, já as segundas reconhecem a impossibilidade de conhecer as reais funções da punição criminal. O conceito negativo de pena poderia ser construído considerando a pena como “(a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”.²⁶⁶

Para fins de nossa investigação nos posicionamos – ao lado de Ferrajoli e Zaffaroni – no sentido de que as teorias positivas da pena criminal foram forjadas no campo jurídico à margem da realidade social, o que revela que não se sabe, ao certo, qual é a função do poder punitivo. São, pois, discursos falsos porque suas funções (declaradas) não podem ser verificadas no contexto do tecido social. Tudo isso indica que o conceito de pena útil ao direito penal não pode ser obtido de modo positivo, ou seja, a partir de suas funções reais – que são desconhecidas e plurifuncionais –, senão que a incorporação desses dados ao campo jurídico penal nos impõe a necessidade de construir outros discursos da punição.

No entanto, nesse momento, analisaremos o discurso positivo (ou justificacionistas) do castigo uma vez que é algo que está incrivelmente incorporado ao senso comum, de modo que a pena como “bem social” é um dos maiores mitos de nosso âmbito de saber científico. Ademais, as legitimações positivas da pena criminal estão, de certa maneira, incorporadas à legislação penal dos países ocidentais, como, em nosso caso, no código penal e na lei de execução penal brasileira. O discurso oficial da teoria jurídica da pena e suas

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230.

²⁶⁵ Idem, p. 231.

²⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 56.

funções manifestas serviram de base para o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução provisória da pena criminal.

No pensamento ocidental, leciona Frédéric Gros, desenharam-se quatro centros de sentido para pena, elaboraram-se quatro sistemas de justificação, articularam-se quatro discursos²⁶⁷: (a) um discurso sagrado ou moral, suspenso de um interdito ou de uma norma universal transgredida. *Punir é recordar a lei*; (b) um discurso político-econômico que pretende regular-se pelos interesses imanente de uma comunidade ameaçada. *Punir é defender a sociedade*; (c) um discurso psicopedagógico que pretende obter pela pena a transformação do condenado. *Punir é educar um indivíduo*; (d) um discurso ético-jurídico que tenta ultrapassar o lado ético da vingança para pensar uma justiça relacional. *Punir é transformar o sofrimento em infelicidade*. Tais centros são sistemas completos de justificação.

3.1.1 Punir é recordar a lei: a pena como retribuição da culpabilidade

Punir é recordar a lei quem a violou. É a partir da representação fundamental da lei como interdito que a punição pública compreende sempre uma dimensão expiadora. O criminoso não passa de um inimigo de quem é preciso defender-se. A lei que ele violou é a sua, é a lei dos seus. Frédéric Gros esclarece que o conceito de lei é mais da filosofia do que da religião, “é a lei de razão, a lei racional, universal e transparente. E o sujeito da lei não é o sujeito de uma obscura pertença ao interdito sagrado. É o sujeito racional, o sujeito legislador. O sujeito já não pertence então à lei: é a sua base e fonte. Ele é sujeito da lei no sentido não em que lhe está sujeito, mas o que torna a pena um lembrete da lei”.²⁶⁸

A ideia central é que a punição é um dever do homem, porque punir é considerar o outro homem como responsável e livre. É então também responsabilizá-lo. Recusar encontrar no delinquente desculpas na sua história pessoal, no seu ambiente social é considerar que ele não se reduz a uma soma de acidentes de percurso, mas que, para lá destes condicionamentos, ele permanece livre e responsável pelos seus atos.

²⁶⁷ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia. E a justiça será*. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 12.

²⁶⁸ Idem, p. 33-34.

Os discursos das teorias da retribuição atribuem à pena criminal a imposição de um mal “merecido” que retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor de uma infração penal, não objetivando, portanto, a persecução de um fim socialmente útil.

Santiago Mir Puig diz que a concepção mais tradicional da pena sustentou a necessidade de assinar a função de retribuição exigida pela justiça pela comissão de um delito, respondendo pela arraigada convicção de que o mal não deve ficar sem castigo e o culpado deve encontrar no mal seu merecimento, sendo tal discurso fundado em razões religiosas, éticas e jurídicas. Desde o ponto de vista religioso, o cristianismo deu lugar a fundamentações tradicionais da função retributiva da pena, partindo de um paralelo entre a exigência religiosa de justiça divina e a função da pena. A fundamentação ética da retribuição se deve ao filósofo alemão Kant que entende a como um “imperativo categórico”, como uma exigência incondicionada da justiça, livre de qualquer consideração utilitária do castigo, até porque o homem é “um fim em si mesmo” e não é lícito instrumentalizar em benefício da sociedade. Por fim, a concepção jurídica foi proposta por Hegel ao atribuir à punição a necessidade de reestabelecer a vigência da “vontade geral” representada pela ordem jurídica que resultou negada pela “vontade especial” do delinquente²⁶⁹.

Segundo Claus Roxin se fala de uma teoria absoluta porque para ela o fim da pena é independente, desvinculado de seu efeito social (do latim *absolutus* = desvinculado), tendo tal concepção de pena já sido adotada “desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense”.²⁷⁰

Günter Jakobs esclarece que em uma teoria da pena que se denomina como absoluta os elementos cujo conteúdo surge – sem consideração da contribuição da norma enquanto preservadora da ordem social – exclusivamente da circunstância de que uma norma foi lesionada, sendo o “se” da pena, assim como seu limite máximo²⁷¹.

²⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 87-88.

²⁷⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 82.

²⁷¹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 20.

A ideia da devolução do mal com o mal está presente no modelo retributivista e representa a mais primitiva forma de justiça.

A pena como retribuição do crime, no sentido religioso de expiação ou no sentido jurídico de compensação da culpabilidade, característica do Direito Penal clássico e que, segundo Cirino dos Santos, representaria “a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessária para realizar justiça ou restabelecer o Direito”.²⁷² Antonio Suxberger afirma que “a teoria retribucionista não se presta a justificar cabalmente a pena estatal. É que ela pressupõe a necessidade da pena, em lugar de fundamentá-la”.²⁷³

As justificativas retribucionistas da ideia de punição encontram na filosofia de Immanuel Kant e Friedrich Hegel sua versão mais difundida. Paulo Busato recorda que Kant e Hegel, representantes da filosofia idealista alemã, possuem extremada importância em termos de fundamento da pena porque suas teses se tornaram dominantes na Alemanha, pelo menos até o início dos anos 60 do século XX, a ponto de chegarem a influenciar o próprio projeto de Código Penal do pós-guerra de 1962²⁷⁴. Para Roxin,

lo que a la teoría de la retribución le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad teórica cotidiana, cuanto más bien su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas de nuestro Derecho penal difícilmente puede ser sobrestimado.²⁷⁵

Essas três ideias de vingança, expiação e reequilíbrio entre pena e delito exercitaram sempre um fascínio irresistível no pensamento político reacionário e nunca foram totalmente abandonadas pela cultura penalística, como nos adverte Luigi Ferrajoli:

em crise na época do iluminismo, viram-se relançadas no século XIX graças a duas versões laicas, quais sejam a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que consequentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado.²⁷⁶

²⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2006, p. 452.

²⁷³ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111.

²⁷⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 750.

²⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 82.

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 237.

A função retributiva à pena em Immanuel Kant foi desenvolvida em torno direito de punir em sua obra “A metafísica dos costumes”, afirmando que tal direito “é o direito detido por um chefe de Estado relativamente a um súdito de infligir lhe dor por ter este cometido um crime”.²⁷⁷ Para Kant a justiça retributiva seria uma lei inviolável, um “imperativo categórico” para cada infrator receba – na medida da justiça e igualdade – sua punição (“se ele cometeu assassinato terá que morrer”²⁷⁸). A necessidade da retribuição subsistiria, inclusive, em caso de dissolução da sociedade civil

mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição.²⁷⁹

A punição precisa sempre ser infligida ao infrator justamente porque ele cometeu um crime. Salo de Carvalho esclarece que o modelo penalógico de Kant “é estruturado na premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, ou seja, o fim utilitário seria ilegítimo”.²⁸⁰

Tal ideia decorre do próprio desenvolvimento do “imperativo categórico” kantiano, em especial, na afirmação de que nunca alguém deve tratar a si mesmo e nem aos demais como simples meio, mas como fim em si mesmo, por isso, no campo da punição, “a pena imposta por um tribunal (...) jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil”.²⁸¹

Zaffaroni, contudo, explica que Kant ao confrontar as premissas básica do “imperativo categórico” com a questão da pena se deparou com um problema: “la pena, en la medida en que quiera tener algún fin que la trascienda, es inmoral, porque usa a un humano como medio, incluso en el caso en que lo sea para su propio mejoramiento”²⁸² por isso “dedujo que sin la pena cae directamente la garantía del humano con fin en sí mismo”.²⁸³

²⁷⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 174.

²⁷⁸ Idem, p. 176.

²⁷⁹ Idem, p. 176.

²⁸⁰ CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: 2008, p. 120.

²⁸¹ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 174.

²⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 213.

²⁸³ Idem, p. 213.

A teoria absoluta da pena sob o viés kantiano recupera o princípio taliônico, encobrindo-o, no entanto, pelos pressupostos de civilidade e legalidade²⁸⁴. Na concepção kantiana o Estado deveria retribuir talionalmente (“olho por olho, dente por dente”) para não quebrar o contrato social e voltar ao estado de natureza (guerra). Desta forma, é falsa a afirmação que a teoria da pena em Kant seria absoluta porque não perseguia nenhuma finalidade, ao contrário, revela Zaffaroni, “para Kant la ley penal no es menos defensor social que para los restantes contractualistas: la pena es un deber del estado civil, al punto de que debe imponerse siempre que se comete un delito; si se resolviese rescindir el pacto, antes de hacerlo debería imponerse la pena al último de los delincuentes”.²⁸⁵

Paulo Busato, analisando a concepção retributiva da pena em Kant, lembra que a intensidade da agressão de um bem jurídico se responderia mediante um ataque institucional a um bem jurídico de similar medida, “convertendo-se assim a proporcionalidade não em um postulado da razão, mas em uma exigência absoluta”.²⁸⁶

A teoria kantiana da pena, longe de ser uma teoria absoluta por entender a punição como um fim em si mesmo, é a mais radical das teorias da defesa social, uma vez que o método taliônico é extremamente vinculado ao estado civil, fora do qual o humano não era respeitado como fim em si mesmo. Por isso Jakobs leciona que para Kant o conteúdo da pena criminal é o talião (“*se matou, deve morrer*”) e a função consiste na realização da justiça, de um lado – segue o professor alemão – “la pena sólo puede imponerse contra el autor porque ha delinquido, pues de otro modo, si se persigue la prevención general o especial, se trata a la persona meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales”²⁸⁷ e de outro também deve realizar-se a justiça, afinal “la justicia penal es un imperativo categórico, pues si desaparece la justicia ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra”.²⁸⁸

Já para Hegel o crime seria a negação do direito e a pena a negação da negação, atuando, portanto, como reafirmação do direito. A pena criminal surgiria como resposta ao

²⁸⁴ CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: 2008, p. 120.

²⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 214.

²⁸⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 751.

²⁸⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 21.

²⁸⁸ Idem, p. 21.

crime (negação do direito) consistindo a punição como função restaurativa ou retributiva, reestabelecendo a ordem jurídica violada. Paulo Busato sustenta que para Hegel o Direito é expressão da vontade, baseado na racionalidade e liberdade, “sendo o Direito a expressão dessa vontade geral, o delito constitui a expressão de uma contradição à racionalidade. A pena aparece logo como expressão da negação do Direito constituída pelo delito”.²⁸⁹

Hegel em seus “Princípios da Filosofia do Direito” estabeleceu que “a pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito”²⁹⁰ acrescentando – em relação ao próprio infrator – que a pena “constitui um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e a qual se deve submeter como ao seu próprio direito”.²⁹¹ Tal aspecto conceitual é precisamente a necessária ligação que faz que o crime (como vontade negativa) implique a sua mesma negação que se exprime como pena.

Percebe-se que o retributivismo hegeliano recoloca a questão do crime e da punição na seara jurídica, ao contrário de Kant que os colocava no campo da ética e moral. Em Hegel, a pena será justificada pela necessidade de recompor o direito com uma violência correspondente àquela perpetrada contra o ordenamento jurídico e o delito, percebido como lesão à ordem jurídica, deveria ser neutralizado através de uma força correspondente²⁹², pois “a supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência”.²⁹³

Zaffaroni, analisando o hegelianismo penal, esclarece que o direito pertence ao estado de espírito objetivo (relação entre humanos livres) na mesma medida que o espírito absoluto é incorporado pela religião, arte, entre outras manifestações culturais. A consequência deste pensamento é que “el humano que no había superado el estadio subjetivo

²⁸⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 752.

²⁹⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 89.

²⁹¹ Idem, p. 89.

²⁹² CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: 2008, p. 120.

²⁹³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 90.

no era libre y no podía actuar con relevancia jurídica, lo que permitía clasificar a los humanos entre quienes pertenecían a la comunidad jurídica o espiritual y quienes no formaban parte de ella”²⁹⁴ sendo sujeitos de tutela estatal e dignos de pena. O delito, como negação do direito, é cancelado com a pena como negação do delito (a negação da negação é a afirmação, portanto) e, assim, como afirmação do direito, somente no estado racional.

O sistema de referência de Hegel para fundamentar a pena é o conceito de Direito, justamente porque interpreta o fato punível como um fator altamente negativo, ou seja, como vulneração do Direito no sentido de sua negação pura, tal vulneração possui aspecto de validade e “esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho ha de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto; lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la idea del Derecho convertida en concepto”.²⁹⁵

Claus Roxin reconhece que Hegel – apesar de destoar do pensamento de Kant em relação ao princípio de talião – não reconhece metas preventivas como intimidação e correção nas finalidades da pena, tendo a ideia da retribuição marcado “pues un límite al poder punitivo de Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad”.²⁹⁶

Por este fator que Suxberger destaca que essa concepção de pena está ligada intimamente a uma determinada concepção de Estado, um Estado de direito guardião, tendo como funções primordiais “evitar a luta de todos contra todos, garantir o contrato social, resguardar a ordem social ou, em outros termos, assegurar sua própria existência”.²⁹⁷

3.1.2 Punir é defender a lei: a pena como prevenção geral

A segunda das grandes teorias tradicionais sobre a punição não vê na pena uma função de retribuição nem de intervenção sobre o autor do delito, ao contrário, enxerga que a resposta estatal para o crime deve recair sobre a sociedade mediante imposição das

²⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 229.

²⁹⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 22.

²⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 84.

²⁹⁷ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 110.

ameaças penais. Dessa forma a função de prevenção geral atribuída à pena criminal tem por objetivo uma fundamentação voltada para o futuro.

Para este centro de sentido do castigo já não se falará de expiação, de sujeição à lei, de reconciliação pelo sofrimento, mas de defesa, de paz social, de proteção dos bens e das pessoas, de conservação das liberdades individuais, fala-se também de prevenção e de felicidade. A sociedade com os seus interesses – e o Estado que os garante – alimentam de futuro o sentido da pena. Nesta socialização da pena, o sofrimento já não pertence ao culpado como seu bem próprio, a sociedade dispõe dele para efeitos positivos que espera nele²⁹⁸.

Claus Roxin lembra que também aqui se trata de uma teoria que tende a prevenção dos delitos, como consequência “de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general”.²⁹⁹

A punição é idealizada como exemplo e objetiva dissuadir os membros da sociedade (por isso prevenção *geral*) pela demonstração da imposição da pena ao autor do crime. A pena é aplicada ao infrator, mas atua/funciona sobre os que não delinquiram.

Tal concepção foi desenvolvida principalmente por Feuerbach, considerado o fundador da moderna ciência do Direito penal alemão, por meio de sua doutrina preventiva geral chamada “teoria da coação psicológica”. Para Feuerbach “el objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas”³⁰⁰, sendo o objetivo de sua aplicação o de dar fundamento efetivo à cominação legal, uma vez que sem a respectiva aplicação a cominação seria ineficaz, “puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley”³⁰¹. E, desenvolvendo sua posição teórica, o pensador alemão

²⁹⁸ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia. E a justiça será*. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 60-61.

²⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 89.

³⁰⁰ FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaiher. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 60.

³⁰¹ Idem, p. 61.

conclui que todas as infrações têm sua causa psicológica na sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. Este impulso sensual pode suprimir-se dependendo de que cada qual saiba que ao seu fato se seguirá certamente um mal que será maior que o desgosto derivado da insatisfação de seu impulso³⁰².

Esse contratualismo penal liberal de Feuerbach está assentado na noção geral de que o ser humano não somente possui direitos que existem antes de qualquer contrato, mas também que, mediante sua razão (razão prática moral), pode saber quais são os direitos que a condição natural não lhe garante (razão prática jurídica) e, portanto, em sua essência tampouco afeta. Assim, o ser humano, dotado de razão, pode reconhecer qual é o seu dever moral e também qual seu limite dentro do direito, de modo que pode atuar mediante tal escolha, diferenciando seus atos entre a moral e o direito. Zaffaroni leciona que a contribuição de Feuerbach ao direito penal liberal consistiu precisamente no aprofundamento da distinção entre moral e direito, dado que – com base na referida diferença – a pena podia ter um fim prático sem que obstasse com isso o imperativo categórico³⁰³.

Mir Puig sustenta que Feuerbach, desde a perspectiva legalista característica do liberalismo, se atentou ao momento da cominação legal contida na norma, para entender que a pena serva como ameaça dirigida aos cidadãos pela lei para evitar que cometam crimes, operando como “coação psicológica” no momento abstrato da incriminação³⁰⁴.

A teoria da prevenção geral distingue um aspecto negativo e outro positivo. O efeito dissuasório atua, em um primeiro momento, antes do cometimento do delito com a cominação penal dirigida à comunidade e provocando a sensação de desagrado (aspecto negativo) e, na segunda etapa, após a prática do crime, por meio da execução exemplar da pena e sua influência psicológica nos demais membros do corpo social (aspecto positivo).

Paulo Busato destaca que as duas ideias básicas que compõe essa teoria são a intimidação pela utilização da ameaça às pessoas e a confiança na ponderação e racionalidade do homem, o qual, posto diante do dilema da ameaça da pena, preserva o controle sobre seus

³⁰² Idem, p. 61.

³⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 216.

³⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 91.

impulsos de autossatisfação permanente. Justamente “essa ideia de dissuasão pela ameaça fez com que mais tarde essa teoria passasse a receber a adjetivação negativa, visando diferenciá-la de uma chamada prevenção geral positiva, que visaria a afirmação de determinados aspectos coletivos e não a intimidação”.³⁰⁵

Em relação ao aspecto negativo se encontra na prevenção geral a ideia de que a missão de pena é fazer desistir (intimidar) eventuais autores potenciais, não se tratando – como explica Jakobs – “del significado expresivo de la pena como contradicción de la infracción de la norma, sino del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor”.³⁰⁶

Na formulação de Feuerbach está descartado impedir a prática de crimes através da coação física, uma vez que tais condutas surgem da “sensualidade”, não restando ao Estado “otro medio que intervenir por medio de la sensualidad misma en la sensualidad, y neutralizar el estímulo sensorial mediante otro estímulo sensorial”.³⁰⁷

Em qualquer caso, explica Zaffaroni, a lógica de dissuasão intimidativa propõe uma clara utilização da pessoa como meio do Estado para seus fins próprios: “la persona humana queda convertida en una cosa a la que se hace sufrir para atemorizar a otra”.³⁰⁸

No tocante ao aspecto positivo, tem-se que a prevenção geral busca a conservação e o reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico. Conforme “a ello la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”.³⁰⁹ Roxin acrescenta, ainda, que na prevenção geral positiva podem ser destacadas três fins e efeitos distintos: o efeito da aprendizagem, motivado social e pedagogicamente; o efeito da confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica; e, finalmente, o efeito da pacificação que se

³⁰⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 759.

³⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 26.

³⁰⁷ FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemmaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 63.

³⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 42.

³⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 91.

produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza em virtude da sanção sobre a quebra da lei e a solução do conflito com a punição do autor³¹⁰.

A pena produziria, pois, um efeito positivo sobre os não-criminalizados, mas não para dissuadi-los mediante a intimidação, senão como valor simbólico reforçador de sua confiança no sistema social em geral e no sistema penal em particular. A infrator é criminalizado porquê desse modo tranquiliza a opinião pública,

el delito sería una suerte de mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace su publicidad neutralizante, o sea que las agencias del sistema penal se irían convirtiendo en agencias publicitarias de lo que es necesario hacer creer para que una sociedad basada en el conflicto no cambie. Es una lucha por el dominio de las creencias de las personas sobre una parte de la realidad social.³¹¹

Dessa forma, os postulados ideológicos da teoria da prevenção geral – quer em seu aspecto negativo, quer no positivo – estão claramente direcionados na prevenção dos delitos por meio da coação psicológica e na proteção do Direito penal. Suxberger alerta que, embora o pensamento de Feuerbach tenha sido apresentado no início do século XIX, a concepção da prevenção geral não perdeu sua importância “porque até hoje está arraizada a ideia de que, com a ajuda da legislação penal, é possível motivar a generalidade da população a comportar-se de acordo com as leis, ou seja, uma consideração de natureza claramente preventivo-geral escorada no papel motivador que exerce o tipo penal”.³¹² Zaffaroni, inclusive, trabalha a dissuasão como a lógica da punição mais difundida na opinião comum³¹³.

Ferrajoli acrescenta, ainda, que as doutrinas da prevenção geral denominada positiva seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de “orientação moral” e de “educação coletiva”. No entanto, as doutrinas da prevenção geral denominada de negativa, possuem o mérito de serem as únicas que não confundem programaticamente o direito com a moral ou com a natureza, ou, pelo

³¹⁰ Idem, p. 92.

³¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 42-43.

³¹² SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 119.

³¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 39.

menos, de permanecerem neutras neste campo. Isto se deve ao fato de que elas não têm como escopo o delinquente, nem como indivíduo, nem mesmo enquanto categoria tipológica, mas, sim, os associados em geral, dos quais, todavia, não valorizam aprioristicamente³¹⁴.

A prevenção não constitui um efeito conexo da punição, mas a sua finalidade essencial e única, sendo que a perfeição do sistema penal seria já não mais punir, porque se teria intervindo antes do próprio crime. Ou, como registra Frédéric Gros, “o delinquente é um sujeito calculador como um outro que se procura transformar ou antes; que se deveria ter transformado antes do seu ato. O sistema penal na sua versão acabada e sublime intervém antes do crime em si por uma série de intervenções dissimuladas e doces”.³¹⁵

3.1.3 Punir é educar um indivíduo: a pena como prevenção especial

Este terceiro centro de justificação do castigo pressupõe que se reordene o sentido da punição para o indivíduo. Punir então é levar em conta o indivíduo para o transformar, educa-lo, instruí-lo, restabelecer uma relação consigo, cuja ausência se supõe ter conduzido ao crime e à delinquência. Punir é emendar, reformar, mas na base de uma compreensão psicológica do sujeito assumido em si mesmo, na irredutibilidade da sua história e da sua compleição próprias. Ei-lo finalmente reconhecido, na sua singularidade psicológica, o sujeito da pena e é de futura à sua volta que ela ganha sentido³¹⁶.

Para a teoria da prevenção especial a função da pena criminal deveria ser direcionada para o autor do delito, funcionando a punição como meio dissuasório específico (por isso, *especial*) no sentido de evitar nos crimes. García-Pablos de Molina afirma que o destinatário, pois, da mensagem preventiva da pena não é o infrator potencial, a sociedade, mas o próprio apenado, sendo a finalidade ou objetivo primário é evitar a recaída no delito³¹⁷.

Santiago Mir Puig explica que, diferentemente da prevenção geral que está dirigida à coletividade, a especial tende a prevenir os delitos que possam ser cometidos por

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 256 e 257.

³¹⁵ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia. E a justiça será*. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 89.

³¹⁶ Idem, p. 105.

³¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*. Madrid: Complutense, 2000, p. 151.

uma pessoa determinada, já que, quando se persegue mediante a pena, se refere ao sujeito que já delinuiu. Ademais, “la prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena. Como esta clase de prevención no se dirige a la generalidad de los ciudadanos, sino a individuos ya determinados, los ya delincuentes”.³¹⁸

Quando se considera como missão da pena desalentar o autor de crime à prática de novas condutas delituosas, estamos diante de uma função preventivo-especial. A missão da pena criminal, ao contrário da posição assumida pela teoria da retribuição, consiste em fazer desistir o autor de futuros crimes, sendo a pena especialmente dirigida a ele. Paulo Busato diz que esse modelo representa uma clara ancoragem positivista do direito penal, vinculado, em suas diversas formulações, em pressupostos da criminologia clássica, tanto biologicista quanto sociológica³¹⁹. É que se fala, então, em atuar diretamente sobre o indivíduo infrator com a finalidade de reabilitá-lo socialmente.

O principal teórico expoente do pensamento preventivo-especial foi Franz von Liszt, considerado – por Roxin – o político criminal mais influente da Alemanha³²⁰. De fato, Liszt em seu denominado “programa de Marburgo”, publicado em 1882, sob o título “a ideia do fim no Direito penal”, desloca a ideia retributiva, de matriz ética, para a preventiva, inspirada em um claro objetivo social que seria obtido por meio da prevenção especial. Em seu Tratado de Direito penal Alemão, Franz von Liszt estabelece que

se a missão do direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do direito penal é a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso. Advertindo e intimidando, a cominação penal acrescenta-se aos preceitos imperativos e proibitivos da ordem jurídica. Ao cidadão de intenções retas, ela mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ela põe em perspectiva, como consequência do ato injurídico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso às tendências criminosas.³²¹

³¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 94.

³¹⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 762.

³²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 85.

³²¹ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 98-99.

Especialmente ao delinquente, segue Liszt, a execução da pena pode ter por fim (a) converter o autor do delito em um membro útil à sociedade (adaptação artificial), podendo ser designado como intimidação ou como emenda o efeito que a pena visa, e (b) a pena pode ter por fim tirar perpetua ou temporariamente o criminoso que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segrega-lo da sociedade (seleção artificial), neste caso o delinquente é reduzido a inocuidade³²². A maior originalidade de Liszt, no entendimento de Zaffaroni, consistia em conceber a dogmática como limitadora da política criminal, uma vez que essa estava legitimada somente nos limites da dogmática que, para o próprio Liszt, era a “Carta Magna do delinquente” e “la pena cumplía una función de prevención especial, pero siempre dentro de los límites dogmáticos”.³²³

Günther Jakobs esclarece, a partir do pensamento de Liszt, que a influência sobre o autor de um delito deve realizar-se de modo que se impeça pela coerção física cometer outros fatos ou que se desmotive a não os cometer por sua própria vontade³²⁴. Roxin sustenta que a prevenção especial pode atuar de três formas: “asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección”.³²⁵

Cirino dos Santos esclarece que a execução do programa de prevenção especial ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial negativa de segurança social através da neutralização do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou ressocialização, ou reeducação) do criminoso³²⁶.

Em relação ao aspecto negativo a prevenção especial, baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produziria segurança social, atuaria na neutralização

³²² Idem, p. 100.

³²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 247.

³²⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 29.

³²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 85-86.

³²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2006, p. 457.

do criminoso com sua incapacitação para a prática de novos delitos, uma vez que a execução da pena impediria a prática de crimes fora dos limites do cárcere.

Assim, explica Zaffaroni, “la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social”.³²⁷

No campo positivo, a prevenção especial é voltada à face corretiva e parte da consideração que o autor de um delito é portador de um desvio social que demanda uma correção, daí “que o discurso da pena se converte na falácia de ‘corrigir’ ou ‘curar’ o criminoso, tarefa já não exclusiva dos juízes, mas distribuída entre sociólogos, psicólogos, psiquiatras e outros funcionários do sistema penal”.³²⁸ Michel Foucault denominou a referida tarefa preventiva dirigida de “ortopedia moral”, já que o essencial da pena seria procurar corrigir, reeducar, curar, “uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores (...) sobre esta chaga pululam os psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral”.³²⁹

Dessa forma, os postulados da prevenção especial representam a passagem do modelo contratualista de controle social para uma versão etiológica com base na justificativa e funcionalidade da pena, quer em seu viés negativo, quer no positivo, já que à punição teria a missão de operar sobre o criminoso, neutralizando e recuperando-o.

As doutrinas que justificam a pena através da função da prevenção especial, explica Ferrajoli, ainda que remontem aos primórdios do pensamento filosófico penal, tiveram um próspero desenvolvimento, principalmente graças à cultura penalista da segunda metade dos séculos XIX e XX, refletindo as vocações autoritárias do novo e então consolidado Estado liberal e aquelas totalitárias dos regimes que nascerão da crise deste. Assim:

o projeto disciplinar encontra-se quase sempre articulado, na literatura correccionalista, segundo ambas as finalidades da prevenção especial, vale dizer, aquela positiva da reeducação do réu e aquela negativa da sua eliminação ou neutralização, as quais, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem,

³²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 48.

³²⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 763.

³²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 13.

cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados.³³⁰

Quer-se restaurar no indivíduo uma harmonia perdida, mas essa ausência de harmonia reflete-se imediatamente mais como distorção interior do que como perturbação na relação com o outro, tendo a pena a missão de restaurar a relação do criminoso consigo.

3.1.4 Teorias ecléticas do castigo: a pena com a tríplice função

As teorias unificadas da função da pena criminal representam a combinação das abordagens de caráter retributivo e preventivo, objetivando, assim, com a punição a retribuição do injusto praticado mediante a expiação da culpabilidade, a correção e a neutralização do criminoso e a intimidação de criminosos potenciais. Suxberger esclarece que as abordagens mistas, ou ecléticas, são todas aquelas que “tratam de combinar junto ao critério fundamental retributivo a aplicação de medidas, isto é, a abordagem da via dupla no direito penal, para reconhecer uma natureza retributiva, mas que no caso de certos delinquentes é necessário proceder com critérios preventivos”.³³¹

Tais teorias, como lembra Juarez Cirino dos Santos, predominam atualmente na legislação penal mundial, embora “não passem da síntese moderna de uma antiga posição de compromisso entre partidários das teorias da retribuição e defensores das teorias da prevenção”³³², não excluindo, contudo, ênfases ora sobre uma, ora sobre outra teoria particular. No entanto, “al hablar de combinación no se alude a que se pueda suplir una deficiencia de una teoría, que obstaculiza su aplicación práctica, mediante otra teoría; en tales supuestos la teoría defectuosa no es apta en absoluto”.³³³ De igual forma, não se quer dizer que por se tratar de uma combinação de teorias a pena teria finalidade indeterminada.

Paulo Busato discorre que ante o fracasso das teorias retributivas e as teorias preventivas, concebidas unilateralmente, surgem as teorias mistas. Seu mérito constitui em buscar conciliar exigências retributivas e preventivas, assentando a importância de cada uma

³³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 246.

³³¹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121.

³³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2006, p. 462.

³³³ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 34.

em determinados momentos. Porém, adverte o professor brasileiro, “é também evidente que a solução simplista de combinação de aspectos isolados por um lado gera inconsistência teórica, fragilizando os fundamentos e argumentos de base e, por outro, soma igualmente as críticas que podem ser apresentadas isoladamente”.³³⁴ Estes fatores são responsáveis pela criação das diferentes vertentes das teorias mistas ou da união.

Entende-se que a pena “justa” é aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade, ou como aduz Luiz Regis Prado, para uma teoria unitária, a pena se funda primordialmente no delito praticado e no propósito de evitar que novos delitos sejam cometidos, em síntese: “a justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos”.³³⁵

O que resta evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que a sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa.

A concepção unificadora da pena foi sistematizada por Adolf Merkel ao sustentar que a punição criminal possuiria as facetas da retribuição e da prevenção, que serão indissociáveis. O pensador alemão entende que as medidas de prevenção não são, em geral, pena, salvo quando revestidas ao mesmo tempo das características de uma reação da espécie antes caracterizada, contrária a malefícios reais ou presumidos, ou seja, quando revestidas das características da retribuição³³⁶, tendo a pena um fundamento ético na razão de justiça atribuída à retribuição e uma razão útil na prevenção de novos delitos.

Mir Puig faz menção especial a corrente doutrinária que combina, de uma forma peculiar, os pontos de vista das distintas teorias sobre a pena assinando-lhe funções diversas

³³⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 769.

³³⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 455-456.

³³⁶ MERKEL, Adolf. *Derecho penal. Parte general*. Tradução de Pedro Dorado Monero. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 194.

nos distintos momentos em que opera, desde sua previsão na lei, até seu cumprimento. Se pretende com isso superar o pensamento dominante das teorias ecléticas consistente em uma mera justaposição das diferentes finalidades da punição³³⁷.

Modernamente, a concepção de Merkel foi revisitada em especial por Claus Roxin que trabalha com a ideia de uma teoria “dialética da união” entendendo que a pena “sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo-especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo-generales”.³³⁸ Desta forma, a punição criminal não pode ultrapassar em sua gravidade o grau de culpabilidade do infrator, só a partir desse limite é que se pode falar nos fins de prevenção geral e especial em uma teoria unificador preventiva, ou segundo o próprio autor,

el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito. De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena (...) ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva.³³⁹

Cirino dos Santos explica que a concepção de Roxin “adota as teorias preventivas unidas porque as normas penais protegem a liberdade individual e a ordem social, mas integradas pelo princípio da culpabilidade da teoria da retribuição, como critério limitador da pena”.³⁴⁰ Paulo Busato, no mesmo sentido, sustenta que Roxin tenta diferenciar sua teoria das demais teorias da união, já que em sua colocação a ideia de retribuição não cabe como fim atingível junto às finalidades preventivas, contudo destaca em sua postura a culpabilidade como infranqueável no processo de aplicação e limitação da pena³⁴¹.

³³⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 99.

³³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 103.

³³⁹ Idem, p. 97 e 101.

³⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2006, p. 463.

³⁴¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 772.

Assim, a pena justa é aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra na punição a possibilidade de sua expiação e de reconciliação social.

García-Pablos de Molina acrescenta, ainda, que essa teoria reclama uma pena proporcional à culpabilidade, no marco da culpabilidade, se bem que dentro deste âmbito admitem que possam operar os princípios preventivos, o que – a efeitos da graduação da pena – significa “pena ajustada a un fin, pero sólo en el marco que ofrece la retribución justa; la pena justa o, dicho de otro modo: la retribución será el límite máximo de la prevención”.³⁴²

Na concepção da teoria dialética da união as funções da pena criminal não operam em simultaneidade, mas de forma escalonada, em três níveis diferentes de atuação: a cominação legal abstrata opera na forma da prevenção geral; a dosimetria da pena trabalha para realizar a proteção – geral e especial – dos bens jurídicos, limitada à culpabilidade; e a execução penal atua na prevenção especial para ressocializar o infrator. Tal funcionalidade é assim expressada por Roxin: “en primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas y generales. Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial”.³⁴³

As três esferas da atividade punitiva estatal demandam justificação cada uma em separado, nos lembra Antonio Suxberger, sendo que os “distintos momentos de realização do direito penal estruturam-se uns sobre os outros e, portanto, cada etapa seguinte deve acolher em si os princípios da etapa precedente”.³⁴⁴

Dessa forma, mediante a combinação dos pensamentos de cunho retributivos e preventivos (geral e especial), as teorias da unificação buscam desenvolver uma fundamentação teórica para uma pena aplicável na prática.

³⁴² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Complutense, 2000, p. 165.

³⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 97.

³⁴⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 124.

3.1.5 Ideologia normativa da finalidade da pena na lei penal brasileira

Ferrajoli nos adverte que a questão do “por que punir?” deve ser compreendida em dois sentidos diversos: (a) “por que existe a pena” e (b) “por que deve existir a pena”. O professor italiano sustenta que, no primeiro sentido, o problema do “porquê” da pena é um problema científico, que admite respostas de caráter empírico formuladas em forma de proposições assertivas verificáveis e falsificáveis, ou, pelo menos, suscetíveis de serem consideradas verdadeiras ou falsas. No segundo sentido, o problema é filosófico, mais precisamente de filosofia moral ou política, admitindo respostas de caráter ético-político formuladas em forma de proposições normativas, e, enquanto tais, nem verdadeiras nem falsas, mas, apenas e tão somente, aceitáveis ou inaceitáveis como justas ou injustas³⁴⁵.

Por isso, segue Luigi Ferrajoli, o vício metodológico perceptível em muitas das respostas à pergunta “por que punir?” consiste na confusão feita pelas mesmas entre a função ou a motivação com a finalidade, ou seja, do ser (de fato ou de direito) e o dever ser (axiológico) da pena, e na consequente assunção das explicações como justificações e vice-versa, sendo que “nesta confusão caem, por primeiro, aqueles que produzem ou sustentam doutrinas filosóficas da justificação, apresentando-as como ‘teorias da pena’. É assim que estes falam, a propósito dos discursos sobre os objetivos da pena, de teorias absolutas ou relativas, de teorias retributivistas ou utilitaristas, de prevenção geral ou especial”.³⁴⁶

Chama-se, então, de “ideologias normativistas” quer as doutrinas, quer as teorias que incorrem na referida confusão entre os modelos de justificação e esquemas de explicação, assumindo as justificações axiológicas como explicações empíricas, incorrendo, por assim dizer, na falácia normativistas da derivação do ser do dever ser.

O código penal brasileiro adota a ideologia da unificação para legitimar o discurso da punição ao estabelecer, em seu artigo 59, que “o juiz (...)estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”³⁴⁷, estando a reprovação vinculada a ideia de retribuição da culpabilidade e a prevenção do crime abrange as

³⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 299.

³⁴⁶ Idem, p. 299.

³⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal. A lei de execução penal, por sua vez, em seu artigo 1º, estabelece a ideia da prevenção especial, uma vez que “tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.³⁴⁸

Nessa perspectiva, explica Cirino dos Santos, essa tríplice função da pena corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal, a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena, a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde à execução penal³⁴⁹.

Podemos afirmar, assim, que o modelo “dialético da união” proposto por Claus Roxin é o sistema de justificação do castigo que mais se aproxima com o sistema legal brasileiro, porque, no momento da cominação legal, procederá a função da prevenção geral (tendente a evitar ataques a bens jurídicos protegidos legalmente), na etapa da fase judicial, a pena atuará como retribuição ao crime praticado e como prevenção especial (dentro dos parâmetros estabelecidos pelo marco legal) e, por fim, na fase da execução da pena, com a imposição da prevenção especial no comando explícito da ressocialização e implícito da intimidação/neutralização que supõe a execução para o delinquente.

3.2 Instituições: o Supremo Tribunal Federal e seu discurso manifesto

Na segunda parte do presente capítulo utilizaremos o elemento “instituições” do diamante ético (semântica dos direitos humanos) em busca de uma metodologia específica que nos permita visibilizar como é instrumentalizado e operacionalizado a estrutura cognitiva presente na ideologia normativa do castigo na lei penal brasileira.

É que os discursos justificacionistas da pena são colocados em prática por várias agências/instituições judiciais do sistema penal (polícia, serviço penitenciário, tribunais

³⁴⁸ BRASIL, Lei número 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de jul. de 1984.

³⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2006, p. 463-464.

penais, entre outros), em nosso caso específico, o Supremo Tribunal Federal no julgamento que admitiu a execução da pena criminal antes do julgamento definitivo do réu.

Herrera Flores nos alerta que se uma teoria ou narração chega a ser posta em prática “institucionalmente”, aumenta sua capacidade de “durar”, de ser “transmitida” e, inclusive, de “resistir” a possíveis deformações. No entanto, “isso não quer dizer que a institucionalização das ideias seja a panaceia de todos os problemas de conexão entre a reflexão e a prática. Em muitas ocasiões, a institucionalização supõe diminuição e esquecimento das relações conflitantes para as quais foi criada”.³⁵⁰

O componente institucional dos direitos, segue o maestro espanhol, é muito relevante, pois toda instituição é o resultado jurídico, político, econômico e/ou social de uma determinada forma de entender os conflitos sociais. Por isso, “entendemos as instituições como espaços de mediação nos quais se cristalizam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade”³⁵¹, sem esquecer, por certo, que falar de “instituição” é o mesmo que tratar das relações de poder que primam no momento histórico concreto em que vivemos.

Ademais, não podemos esquecer que o sistema penal é o conjunto das agências envolvidas com a questão criminal, isto é, sistema no sentido de um conjunto de entes e suas relações tanto recíprocas como com o ambiente, ou, no dizer de Zaffaroni, “que no se trata de un conjunto de órganos del mismo tejido que convergen en una función (...) cada una de estas agencias tiene sus propios intereses sectoriales”.³⁵² Dessa forma, cada agência tem seus próprios interesses setoriais e seus próprios controles de qualidade de suas operações, afinal, “tienen discursos hacia fuera, que resaltan sus fines manifiestos (oficiales) más nobles y discursos hacia adentro, que justifican para sus miembros la disparidad entre sus fines manifiestos y lo que realmente hacen (fines latentes)”.³⁵³

Zaffaroni lembra, ainda, que grande parte do discurso interno se volta para o externo toda vez que a justificação consiste em responsabilizar a parcela negativa das outras

³⁵⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 128-129.

³⁵¹ Idem, p. 129.

³⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 10.

³⁵³ Idem, p. 10.

agências, quando as esferas de atuação entram em conflito (como, por exemplo, quando a polícia acusa os juízes, os juízes culpam o serviço penitenciário que, por sua vez, culpa os políticos que retornam a culpa aos juízes, aos acadêmicos). O resultado dessa disparidade de interesse é que cada agência ou conjunto de agências ocupa um compartimento separado das restantes e atua de forma que mais convenha a seus interesses setoriais, sem se importar muito com o que sucede nos restantes compartimentos (a polícia faz estatísticas e prendem sem qualquer filtro ainda que o detido venha a ser logo liberado por falta de provas)³⁵⁴.

3.2.1 Da oscilação da jurisprudência do STF sobre a matéria

A execução da pena de prisão após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição já foi objeto de análise do Supremo Tribunal Federal (STF) em distintas oportunidades após a promulgação da atual Constituição Federal. Em diversos momentos, o plenário e as turmas da Corte Constitucional se manifestaram neste sentido.

De fato, o texto constitucional de 1988 ao proclamar, em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” acabou por consagrar o princípio da presunção de inocência.

Desde a Constituição de 1988 até 2009 o STF firmou entendimento de que o princípio da presunção de não culpabilidade não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp).

Veja-se, por exemplo, que, em 28 de junho de 1991, o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, decidiu, por unanimidade, no julgamento do *habeas corpus* (HC) número 68.726, Relator Ministro Néri da Silveira, pela possibilidade da execução provisória da pena:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o §2º do art. 27, da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em

³⁵⁴ Idem, p. 11.

liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido.³⁵⁵

Em 26 de abril de 1995, mais uma vez em sessão plenária, no HC número 72.061, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, o STF por unanimidade reconheceu que “a prisão de réu condenado por decisão ainda pendente de recurso não afronta o princípio da presunção de não culpabilidade previsto no art. 5º, LVII, da Constituição”.³⁵⁶

No mesmo sentido, os seguintes julgados: (a) na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e (b) na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie.

Outrossim, reforçando o entendimento de que a presunção de inocência não inibe a execução provisória da pena imposta, o Supremo Tribunal Federal aprovou, em sessão plenária realizada, no dia 24 de setembro de 2003, as súmulas 716 e 717 cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias.³⁵⁷

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severa nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Em linhas gerais, o entendimento do STF estava pautado no fato de que os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp) não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

Tal entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal foi modificado, em julgamento realizado em 05 de fevereiro de 2009, quando do julgamento do HC número

³⁵⁵ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=68726&classe=H>. Acesso em 13/06/2016.

³⁵⁶ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=72061&classe=H>. Acesso em 13/06/2016.

³⁵⁷ Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800. Acesso em 13/06/2016.

84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, ao decidir, em sessão plenária, por sete votos a quatro, que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu

trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.³⁵⁸

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu parâmetro distinto a partir do julgamento do HC número 84.078. Ao contrário do posicionamento anterior, a Corte Constitucional reviu o entendimento até então adotado por compreender que a Lei de Execução Penal dispunha em contrário ao que vinha sendo decidido. Na ocasião, o tribunal consignou ainda que a nova interpretação – afastando a execução provisória da pena do cenário jurídico brasileiro – melhor atenderia o texto da Constituição Federal de 1988, em especial, ao estabelecer, em seu art. 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência. O STF ao fazer uma leitura mais literal do princípio da presunção de não culpabilidade passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que, por si só, impediria a execução provisória da pena com o objetivo de efetivar as garantias processuais dos réus.

3.2.2 Julgamento do HC n.º 126.292: possibilidade de execução provisória

O caso específico objeto de análise chegou ao STF (quarto grau) após a impetração de sucessivos *habeas corpus* em favor de indivíduo condenado pelo crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (artigo 157, §2º, incisos I e II do Código Penal), porquanto, em 28 de junho de 2003, juntamente com outra pessoa, teria subtraído da vítima, com uso de um revólver, o valor de R\$ 2.600,00.

Em primeiro grau de jurisdição (Justiça Estadual de São Paulo), o réu foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (segundo grau), que, ao julgar recurso de apelação exclusivo da defesa sobre a condenação, negou provimento e determinou

³⁵⁸ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=84078&classe=H>. Acesso em 13/06/2016.

a imediata execução provisória da condenação. O condenado impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (terceiro grau de revisão) que, em decisão de seu Presidente, indeferiu pedido liminar no *habeas corpus*.

No Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* recebeu o número 126.292 e ficou sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki que, em decisão monocrática deferiu o pedido liminar para suspender a prisão determinada em segundo grau, sob o fundamento de que “o Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do sentenciado (...) o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva”.³⁵⁹ O caso foi levado ao plenário do STF.

Em síntese, a discussão junto ao Supremo Tribunal Federal está centrada na hipótese de ser saber se a Constituição Federal de 1988 admite ou não a prisão de condenado após a decisão em segundo grau – após condenação pelos Tribunais Estaduais ou Tribunais Regionais Federais – independentemente do trânsito em julgado da decisão, é dizer, enquanto ainda cabível o Recurso Especial (REsp) ao Superior Tribunal de Justiça (terceiro momento de revisão) e o Recurso Extraordinário (RE) ao Supremo Tribunal Federal (quarta via).

Não obstante a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal que, a partir de 2009, impedia a execução provisória da pena, em 17 de fevereiro de 2016, em sessão plenária, por 7 votos a 4, o tribunal, retomando entendimento anterior, decidiu que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio da presunção da inocência:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.³⁶⁰

³⁵⁹ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=126292&classe=HC>, p. 01. Acesso em 13/06/2016.

³⁶⁰ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=126292&classe=HC>, p. 01. Acesso em 13/06/2016.

Assim, para a Corte Constitucional, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Na decisão os votos vencedores foram dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Os votos vencidos foram dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Veja-se que o caso que alterou o entendimento do STF é recheado de absurdos e de situações que sequer possuem uma lógica racional (o que, aliás, diga-se de passagem, é típico no discurso penal). O acusado teve sua prisão preventiva revogada no curso do processo, respondendo em liberdade e, após a sentença condenatória, o juiz sentenciante “permitiu” que o condenado, “se quisesse”, poderia recorrer em liberdade³⁶¹. No tribunal, somente a defesa apresentou recurso. O órgão acusador (Ministério Público do Estado de São Paulo) não recorreu. O Tribunal de Justiça nega o recurso “exclusivo” da defesa e, sem qualquer fundamentação, determina que “expeça-se mandado de prisão”³⁶². Tudo chega ao Supremo Tribunal Federal que, por seu Ministro Relator, em 05 de fevereiro de 2015, volta a conceder a liberdade ao recorrente porque o Tribunal de Justiça não apresentou qualquer fundamento para a determinação da prisão, “o que está em total desconformidade com a jurisprudência do STF”³⁶³. Um ano depois, em 17 de fevereiro de 2016, em plenário, o Ministro Relator Teori Zavascki muda seu entendimento e apresenta voto no sentido de permitir a execução provisória, ainda que pendente do trânsito em julgado e sem qualquer fundamentação para a segregação. Sua tese, por maioria, resta vencedora.

Cumprido registrar que em face desse entendimento do Supremo Tribunal Federal foram interpostas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC).

³⁶¹<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=000971592.2010.8.26.0268&cdProcesso=7GYX8PHF70000&cdForo=268&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5GRUDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=gE66W3I%2FcfI2ghOM%2Fh%2FIO8o7DbARQP0ciU9v3JTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv6AoWedTncsognFUendyqRX01dlp92%2BIGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoXrzgMldGk5Bk3h5dJKtpDK7DuA1J%2BFqx%2BTQSQiVhbT%2FalcXPqeDW H34F4Ti9AKvFQ%3D%3D>. Acesso em 13/06/2016.

³⁶² Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisa=DJ=AP&numero=126292&classe=HC>, p. 01. Acesso em 13/06/2016.

³⁶³ Idem.

Em 18 de maio de 2016, o Partido Ecológico Nacional (PEN) ingressou com a ADC número 43 requerendo, entre outros pedidos, o seguinte:³⁶⁴

- a) a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da recente opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- b) subsidiariamente, a declaração de que o artigo 283 do Código de Processo Penal é “ainda constitucional”, (i) enquanto perdurar o atual “estado de coisas inconstitucional” que vigora no sistema prisional brasileiro; ou (ii) até que ocorra o julgamento do mérito da ADPF n. 347 e se cumpram as providências que venham a ser fixadas pelo Supremo Tribunal Federal;
- c) subsidiariamente, a realização de interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, para se determinar que, enquanto perdurar o “estado de coisa inconstitucional”, na execução provisória da decisão penal condenatória de 2º Grau, não se promova a prisão do condenado, mas se apliquem, analogicamente, as medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- d) subsidiariamente, a determinação de que eventual pronúncia de inconstitucionalidade - cujo corolário é permitir a execução provisória da decisão penal condenatória de 2ª instância – produza somente efeitos ex nunc, abrangendo apenas (i) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, desta ação; (ii) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, do HC nº 126.292;
- e) subsidiariamente, caso sejam conferidos efeitos repristinatórios à eventual pronúncia de inconstitucionalidade, reabilitando-se a incidência do artigo 637 do Código de Processo Penal aos recursos que sirvam à impugnação de decisões que impõem pena de prisão, a realização de interpretação conforme a Constituição desse preceito (637 do Código de Processo Penal) para se determinar seja conferido efeito suspensivo aos recursos especiais, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, negando-se tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 19 de maio de 2016, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ingressou com a ADC número 44 postulando ao final:³⁶⁵

- a) o conhecimento da presente ação declaratória de constitucionalidade, em razão da existência de controvérsia judicial relevante, sob os aspectos quantitativo e qualitativo, acerca do dispositivo legal questionado;
- b) a concessão de medida liminar, nos termos do artigo 21 da Lei nº 9.868/99, para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal – cuja constitucionalidade se presume! –, violando, assim, a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CR) e a Súmula Vinculante nº 10;

³⁶⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=43&processo=43>. Acesso em 13/06/2016.

³⁶⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=44&processo=44>. Acesso em 13/06/2016.

(...)

e) no mérito, a procedência da presente ação para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do artigo 102, §2º, da Constituição.

Ambas ações, em razão da pertinência temática e da identidade dos pedidos, foram reunidas (apensadas). Após o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, em 01 de setembro de 2016, o julgamento das ADC's número 43 e 44 foi suspenso³⁶⁶.

Em sua decisão, o Ministro votou pelo deferimento das medidas cautelares requeridas entendendo pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e determinando a suspensão da execução provisória da pena que não tenha transitado em julgado e, ainda, pela libertação dos réus que tenham sido presos por causa do desprovimento de apelação e tenham recorrido ao Superior Tribunal de Justiça, com exceção aos casos enquadráveis no artigo 312 do CPP, que trata da prisão preventiva.

Marco Aurélio sustentou que o acórdão proferido no julgamento do HC número 126.292 constituiu notável reviravolta na óptica até então consolidada no Supremo e, consequentemente, no sistema de precedentes brasileiro. A fissura causada pelo pronunciamento em processo subjetivo não pode ser ignorada, pois repercute na liberdade de milhões de indivíduos. A partir da decisão do Supremo na referida impetração, surgiram ópticas diversas sobre o alcance do princípio constitucional da não culpabilidade, com o qual se teve, nesses 27 anos de vigência da Constituição Federal, harmônico o artigo 283 do Código de Processo Penal. O Relator afirmou, ainda, que o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição não abre campo a controvérsias semânticas:

A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela incidência do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria

³⁶⁶ Acompanhamento processual da ADC número 43 e 44, respectivamente, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065> e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>. Acesso em 20/09/2016.

teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido na inicial surge inafastável.³⁶⁷

Por fim, o Ministro ressaltou que o princípio da não culpabilidade é garantia vinculada pela Constituição Federal ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do CPP não comporta questionamentos, afinal o preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir. Daí se extrai a importância do marco do trânsito em julgado: “em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando versada constrição cautelar, descabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade do indivíduo³⁶⁸.”

O julgamento das ADC's número 43 e 44 foi retomado no dia 05 de outubro de 2016, tendo o plenário do STF indeferido, por 6 votos a 5, as liminares requeridas pelos Partido Nacional Ecológico (PEN) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Na decisão os votos vencedores foram dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Os votos vencidos foram dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski e, em parte, Dias Toffoli³⁶⁹.

Entre os votos vencidos, além do já analisado parecer apresentado pelo Relator, destacam-se as razões trazidas pelo Ministro Celso de Mello:

Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário. A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a quem fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático.³⁷⁰

³⁶⁷ Idem, p. 02-03.

³⁶⁸ Idem, p. 08.

³⁶⁹ Acompanhamento processual da ADC número 43 e 44, respectivamente, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065> e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>. Acesso em 10/10/2016.

³⁷⁰ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em 10/10/2016.

3.2.3 Argumentos do STF para permitir a execução provisória

Os votos vencedores dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no acórdão do *habeas corpus* número 126.292 possuem, quase em sua totalidade, idêntica fundamentação e estrutura similar. Para fins de nossa investigação utilizaremos o voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso por nos parecer ser o mais completo e melhor estruturado (é o mais extenso também). Assim, os argumentos do STF serão trabalhados a partir de tal voto. No entanto, nas partes divergentes e/ou complementares, traremos os fundamentos dos demais Ministros. Os votos vencidos serão abordados em capítulo futuro.

O voto³⁷¹ do Ministro Luís Roberto Barroso fixou a tese de que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio de inocência ou da não culpabilidade. A decisão foi estruturada em três partes. A primeira parte cuida do “delineamento da controvérsia”³⁷², a segunda sobre os “fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau” e, por fim, a terceira parte do voto expõe os “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento”.

3.2.3.1 Fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau

O Ministro Luís Roberto Barroso afirma que a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (a) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judícia competente; (b) a presunção de inocência é princípio e como tal está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais; e (c) após a condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública³⁷³.

Os dois primeiros fundamentos apresentados são de índole estritamente constitucional e servem para justificar a posição defendida pelo Ministro do STF quanto ao

³⁷¹ Disponível em: http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=126_292&classe=HC, p. 27-54. Acesso em 13/06/2016.

³⁷² Registre-se que não detalharemos a Parte I do voto uma vez que se trata da análise que já fizemos nos tópicos anteriores que se referem a “hipótese” e a “oscilação da jurisprudência do STF na matéria”.

³⁷³ Disponível em: http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=126_292&classe=HC, p. 27. Acesso em 13/06/2016.

momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. O terceiro fundamento é de ordem infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Luís Roberto Barroso afirma que ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau, ela se justificaria nos termos da legislação processual ordinária.

- (a) Em atenção ao primeiro fundamento, o voto sustenta que a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade.

O Ministro do Corte Constitucional afirma que, ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro “não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988”.³⁷⁴

Para chegar a essa conclusão, segue Luís Roberto Barroso, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária

³⁷⁴ Idem, p. 35-36.

competente”. Como se sabe, “a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão”.³⁷⁵

Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu artigo 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau).

Nas hipóteses enunciadas acima, conclui o Ministro do STF, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente.

³⁷⁵ Idem, p. 36.

(b) No tocante ao segundo fundamento, a decisão expõe que a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal.

Para Luís Roberto Barroso não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, artigo 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado.

Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

Os direitos ou garantias não são absolutos, afirma o Ministro, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. Outrossim, “as regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade tudo ou nada”.³⁷⁶

Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso

³⁷⁶ Idem, p. 38.

afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio da proporcionalidade.

Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo artigo 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais. Naturalmente, “não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”.³⁷⁷

De forma idêntica, na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, Luís Roberto Barroso afirma que há dois grupos de normas constitucionais colidentes:

De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros.³⁷⁸

³⁷⁷ Idem, p. 39.

³⁷⁸ Idem, p. 40.

Neste caso, em razão da colisão de princípios, seria necessária uma ponderação. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. Portanto, continua o Ministro do STF, “o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas”.³⁷⁹ Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Assim sendo, finaliza Barroso, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência³⁸⁰.

Em sentido idêntico, o voto do Ministro Teori Zavascki reconhece que é no juízo de apelação (segundo grau), de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, segue o Ministro, “em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo”.³⁸¹ Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. É, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação

³⁷⁹ Idem, p. 41-42.

³⁸⁰ Idem, p. 43.

³⁸¹ Idem, p. 09.

da responsabilidade criminal do acusado. Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.

Em outras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, “tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.³⁸²

Realmente, continua Teori Zavascki, execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional da presunção da inocência autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias³⁸³.

Tal fundamento jurídico afirma que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo.

Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

(c) Por fim, o terceiro fundamento jurídico afirma que com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias

³⁸² Idem, p. 09-10.

³⁸³ Idem, p. 11.

ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

Para Luís Roberto Barroso, após a condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública representada sob três aspectos (i) pelo fundamento infraconstitucional legitimador da prisão após condenação em segunda grau; (ii) pelo uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer; e (III) pelo fato de que a razoável duração do processo é dever do Estado e exigência da sociedade.

No primeiro aspecto, o Ministro do STF estabelece que ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Tal entendimento está ancorado nas situações em que o código de processo penal brasileiro admite a prisão preventiva, uma vez que, segundo seu artigo 312, “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente.

Assim, no momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, “retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o sistema criminal”.³⁸⁴

Do ponto de vista do segundo aspecto, Luís Roberto Barroso sustenta que o uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer não se constitui exceção no caso brasileiro, mas a regra. Ademais, o Ministro traz alguns números do percentual de recursos

³⁸⁴ Idem, p. 45.

extraordinários providos em favor do réu, classificando-os como “irrisórios”.³⁸⁵ Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Os casos de absolvição são raríssimos³⁸⁶. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria. Em verdade, conclui o Ministro, “foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões. Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições”.³⁸⁷

Por fim, o terceiro aspecto se refere a razoável duração do processo como dever do Estado exigência da sociedade, haja vista que quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a referida situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito³⁸⁸.

Corroborando essa expectativa social frente a ineficiência do sistema de justiça criminal é que em diferentes países, como regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio

³⁸⁵ Idem, p. 33.

³⁸⁶ Em capítulo posterior iremos contrapor tais dados.

³⁸⁷ Idem, p. 33.

³⁸⁸ Idem, p. 48.

esgotamento das instâncias extraordinárias. É o que demonstra estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina.

Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do *habeas corpus*. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.

Para o Ministro Gilmar Mendes, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários. Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo:

a análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.³⁸⁹

Resta-nos reconhecer, conclui Gilmar Mendes, que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas. Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal. Ainda assim, não impõe que o acusado seja tratado da mesma

³⁸⁹ Idem, p. 68.

forma durante o decorrer do processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado³⁹⁰.

3.2.3.2 Fundamentos pragmáticos para o novo entendimento

O Ministro Luís Roberto Barroso afirma que, além da conjugação dos três fundamentos jurídicos analisados, há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a interpretação que permite a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (b) a redução da seletividade penal; e (c) a quebra do paradigma de impunidade.

Tal pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Para Barroso, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: “o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos”.³⁹¹

- (a) O primeiro fundamento pragmático invocado pela decisão permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária.

O Ministro da Suprema Corte afirma que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal sob dois aspectos: (i) reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e

³⁹⁰ Idem, p. 72.

³⁹¹ Idem, p. 50.

protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal; e (ii) restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil, uma vez que aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto.

Em verdade, segue Luís Roberto Barroso, não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, “cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios”.³⁹²

Na mesma linha argumentativa, o Ministro Luiz Fux observa que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social, no sentido de que a sociedade não aceita mais – “e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer”³⁹³ –, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional. O desenvolvimento da força normativa da Constituição está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

O Ministro Gilmar Mendes afirma que tal situação é “reconhecidamente” abusiva, “pois sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões”.³⁹⁴ Esses casos graves têm comprometido a

³⁹² Idem, p. 51.

³⁹³ Idem, p. 59.

³⁹⁴ Idem, p. 64.

efetividade da justiça. Portanto, sugerindo que há abusos e que essa “massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade”.³⁹⁵

- (b) O segundo fundamento gira no sentido de que a nova interpretação do STF contribuiria para diminuir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena.

Para Luís Roberto Barroso a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Afinal, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução durante anos. O Ministro da Suprema Corte aduz, ainda, que as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do artigo 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca do momento de início de cumprimento da pena “deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema”.³⁹⁶

Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores.

- (c) Por fim, o último fundamento pragmático evocado, promoveria a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial

³⁹⁵ Idem, p. 65.

³⁹⁶ Idem, p. 52.

impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

A mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Para o Ministro, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do Recurso Especial (REsp) e do Recurso Extraordinário (RE) em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, “iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar”.³⁹⁷

3.3 Palavras finais: visibilizar os fins latentes

No presente capítulo objetivamos demonstrar, sob a categoria “narrações” do diamante ético, os centros de sentido para pena (e seus respectivos sistemas de justificação) e como a punição é apresentada e legitimada na legislação penal brasileira. Em continuidade, recorreremos ao elemento “instituições” do diamante para tornar visível o discurso “*hacia fuera*” (e, portanto, oficial) do Supremo Tribunal Federal ao decidir pela possibilidade do início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença de segundo grau.

A seguir, ainda apoiados em nossa teoria crítica dos direitos humanos, tentaremos desconstruir tal narrativa manifesta e faz ecoar como realmente funcionam seus fins latentes.

³⁹⁷ Idem, p. 53.

CAPÍTULO 4 – O cárcere como fiel escudeiro do capitalismo: hoje e sempre

todo sistema de produção tem uma tendência a descobrir (e a utilizar) sistemas punitivos que correspondem às próprias relações de produção (Rusche e Kirchheimer).

desfazer-se, antes de tudo, da ilusão de que a pena seja, principalmente (se não exclusivamente), um modelo de repressão dos delitos. É preciso, antes, analisar os concretos sistemas punitivos, estudá-los como fenômenos sociais, dos quais não se pode dar conta a só armadura jurídica da sociedade, nem as suas escolhas éticas fundamentais (Michel Foucault).

4.1 Historicidade: o controle do desvio como resposta as exigências do mercado de trabalho na sociedade capitalista

Na primeira parte do presente capítulo utilizaremos o elemento “historicidade” do diamante ético (pragmática dos direitos humanos) em busca de uma metodologia específica que nos permita a abordagem no viés crítico e sem cair em abstrações epistêmicas e no formalismo dogmático, evitando assim um esvaziamento existencial da própria concepção crítica que objetiva a utilização e a ocupação emancipadora de todo e qualquer espaço de luta. A historicidade, segundo Herrera Flores, compreende o estudo das causas históricas e dos grupos sociais que deram origem a um processo social, como também os efeitos e a atual situação desse processo social no momento da análise³⁹⁸.

O filósofo espanhol alerta, contudo, que ao falarmos de historicidade não objetivamos a análise de marcos ou datas pelas quais atravessou qualquer processo social (em nosso caso o controle punitivo exercido através do aprisionamento), ao contrário, expor de forma pedagógica e prática a historicidade dos direitos supõe afirmar que a concepção dominante na atualidade não caiu de nenhum céu estrelado e, assim como todas as coisas,

³⁹⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 125.

“teve uma origem concreta em alguma forma de luta social pela dignidade humana. Essa afirmação pode parecer irrelevante, se não fosse porque a ideologia hegemônica tende sempre a ocultar as origens e as causas dos fenômenos”.³⁹⁹

É que toda ação cultural é sempre uma forma sistematizada e deliberada de ação que incide sobre a estrutura social, ora no sentido de mantê-la como está ou mais ou menos como está, ora no de transformá-la. Para Herrera Flores, historizar é humanizar (“e nada no humano é estático ou procede de alguma ordem transcendental”⁴⁰⁰).

Sim, pois, ocultar as origens de determinadas práticas de dominação justificam a ordem instituída. Por isso a importância de conhecer as origens históricas dos processos culturais para que possamos compreender e contextualizar seu nascedouro, bem como buscarmos vias alternativas àquelas impostas de forma hegemônica.

A história é a substância da sociedade, sustenta Agnes Heller⁴⁰¹. A sociedade não dispõe de nenhuma substância além do homem, “pois os homens são os portadores da objetividade social, cabendo-lhes exclusivamente a construção e transmissão de cada estrutura social”.⁴⁰² Mas essa substância não pode ser o indivíduo, já que esse (embora a individualidade seja a totalidade de suas relações sociais) não pode jamais conter a infinitude extensiva das relações sociais. Assim, para a filósofa húngara da Escola de Budapeste, a substância da sociedade só pode ser a própria história.

Não há realidade histórica que não seja humana. Não há história sem homens, como não há uma história para os homens, mas uma história de homens que, feitas por eles, também os faz, afirma Paulo Freire⁴⁰³. Sustenta o pedagogo brasileiro que a visão mecanicista desumaniza os homens, os reduz a coisas, mistificando-os e alienando-os, de tal modo que “não percebem a obviedade de que a situação concreta em que estão os homens condiciona a sua consciência do mundo e esta as suas atitudes e o seu enfrentamento”.⁴⁰⁴ E, uma

³⁹⁹ Idem, p. 136.

⁴⁰⁰ Idem, p. 137.

⁴⁰¹ HELLER, Agnes. *O cotidiano e a história*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 12.

⁴⁰² Idem, p. 13.

⁴⁰³ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 148.

⁴⁰⁴ Obra citada, p. 147.

revolução autêntica para transformar a realidade necessita da problematização desta falsa consciência do mundo-mecânico, sob pena da manutenção das situações de opressão.

A realidade social, objetiva, que não existe por acaso, mas como produto da ação dos homens, também não se transforma por acaso. Se os homens são produtores desta realidade e se esta, na inversão práxis, se volta sobre eles e os condiciona, transformar a realidade opressora é tarefa histórica, é tarefa dos homens⁴⁰⁵.

O escritor uruguaio Eduardo Galeano em um de seus contos intitulado “a burocracia” denuncia o perigo de se ignorar os reais fundamentos de um processo histórico e como esse ocultamento nos impede de assumir os rumos do presente. A narração retrata a história de Sixto Martínez no serviço militar em um quartel de Sevilha-Espanha:

no meio do Pátio desse quartel havia um banquinho. Junto ao banquinho, um soldado montava guarda. Ninguém sabia por que se montava guarda para o banquinho. A guarda era feita porque sim, noite e dia, todas as noites, todos os dias, e de geração em geração os oficiais transmitiam a ordem e os soldados obedeciam. Ninguém nunca questionou, ninguém nunca perguntou. Assim era feito, e sempre tinha sido feito. E assim continuou sendo feito até que alguém, não sei qual general ou coronel, quis conhecer a ordem original. Foi preciso revirar os arquivos a fundo. E depois de muito cavoucar, soube-se. Fazia trinta e um anos, dois meses e quatro dias, que um oficial tinha mandado montar guarda junto ao banquinho, que fora recém-pintado, para que ninguém sentasse na tinta fresca.⁴⁰⁶

O resgate da historicidade nos possibilita a inserção nos processos sociais como sujeitos transformadores de uma situação real de opressão e essa tomada de consciência abre caminho à expressão das insatisfações sociais, até porque, como ironiza Paulo Freire ao falar sobre elementos ideológicos, “melhor será que a situação concreta de injustiça não se constitua num percebido claro para a consciência dos que a sofrem”.⁴⁰⁷

O elemento historicidade do diamante ético e sua respectiva função de desvelar as origens de determinadas práticas de dominação nos conduz a afirmação – feita pelo personagem Ulrich, “o homem sem qualidades”⁴⁰⁸ – de que “se existe senso de realidade tem de haver senso de possibilidade”.⁴⁰⁹ Apesar de reconhecermos a crise (senso realidade) temos

⁴⁰⁵ Obra citada, p. 41.

⁴⁰⁶ GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 67.

⁴⁰⁷ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 24.

⁴⁰⁸ MUSIL, Robert. *O homem sem qualidades*. Tradução de Lya Luft e Carlos Abbenseth. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

⁴⁰⁹ Idem, p. 34.

que buscar critérios emancipadores para tentar modificar as coisas (senso de possibilidade), sob pena de entender a realidade como imutável e, assim, ficarmos inertes:

desta maneira, o senso de possibilidade pode ser definido como capacidade de pensar tudo aquilo que também poderia ser, e não julgar que aquilo que é seja mais importante do que aquilo que não é. Vê-se que as consequências dessa tendência criativa podem ser notáveis, e lamentavelmente não raro fazem parecer falso aquilo que as pessoas admiram, e parecer permitido o que proíbem, ou ainda fazer as duas coisas parecerem indiferentes. Essas pessoas com senso de possibilidade vivem, como se diz, numa teia mais sutil, feita de nevoeiro, fantasia, devaneio e condicionais; crianças com essa tendência são educadas para se libertarem dela, e lhes dizemos que tais pessoas são utopistas, sonhadores, fracos, e presunçosos ou críticos mesquinhos.⁴¹⁰

É a realidade que traz as possibilidades, e nada mais errado do que negar isso. E, segue Ulrich, “como a posse de qualidades pressupõe certa alegria por serem reais, podemos entrever como uma pessoa que não tenha senso de realidade nem em relação a ela própria pode sentir-se de repente um homem sem qualidades”.⁴¹¹

Trabalharemos a historicidade a partir de quatro perspectivas⁴¹² necessárias para uma concepção contextual, complexa e crítica do processo punitivo (controle do desvio) como resposta as exigências do mercado de trabalho na sociedade capitalista:

- (a) Todo fenômeno social tem sua “causa”. Nada é “causa de si mesmo”;
- (b) Todo fenômeno tem sua evolução temporal (linhas, traçados e rupturas);
- (c) Todo fenômeno possui caráter dinâmico;
- (d) Todo fenômeno, como consequência de todo o anterior, nos obriga a reconhecer que, social e culturalmente falando, não há entidades estáticas, a não ser processos e tendências. O real não é uma coisa, mas sim um caminho que traçamos na hora de desenhar nossos mapas e realizar nossos itinerários. Por muito que procuremos certezas evidentes, não há direções únicas na história. É preciso, pois, acostumar-se a administrar, aceitar, aprender e a viver

⁴¹⁰ Idem, p. 34-35.

⁴¹¹ Idem, p. 36.

⁴¹² HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 137.

na incerteza que supõe a criatividade humana desdobrada – e ao mesmo tempo obstaculizada – pela história.

A “historicidade” é de fundamental importância no entrecruzamento como o elemento “instituições” (item 3.2), especialmente para combater os três fundamentos pragmáticos que reforçam a interpretação do Ministro Luís Roberto Barroso (e da maioria do STF) que permite a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau (item 3.2.3.2), ao afirmar que a prisão antes da condenação definitiva serve para (a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (b) a redução da seletividade penal; e (c) a quebra do paradigma de impunidade. Como veremos abaixo, o cárcere nunca se prestou a tal tarefa, ao contrário, é elemento fundante dos próprios argumentos.

4.1.1 Todo fenômeno tem suas causas: prisão e controle social

A delimitação de nosso marco histórico-temporal na análise do controle social refere-se ao denominado moderno sistema penal, desenvolvido do final do século XVIII ao longo do século XIX, que se caracterizava como “estatalmente centralizado no sistema de justiça penal, racionalizado, burocratizado e profissionalizado, tendo a prisão como resposta penal básica e a mente como objeto de controle”.⁴¹³

Detalhando as especificidades do sistema penal moderno, Stanley Cohen aponta quatro mudanças que redesenharam o modelo de controle nas sociedades ocidentais: (a) controle centralizado, racionalizado e burocratizado do Estado no controle do delito e supremacia da lei; (b) categorização e diferenciação dos desviantes e a respectiva profissionalização do corpo de conhecimento científico; (c) segregação dos desviantes em institutos de dominação e controle (em especial o cárcere como método de castigo); e (d) a substituição do corpo como objeto de castigo pela mente⁴¹⁴.

Resulta, assim, que a matriz do Estado moderno condiciona a natureza do sistema penal. Com efeito, leciona Vera Andrade, desde que o Estado moderno se caracteriza por deter o monopólio da violência física, que constitui o aspecto especificamente político da

⁴¹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 174.

⁴¹⁴ COHEN, Stanley. *Visões de controle social*. Tradução de Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988, p. 33-37.

dominação numa sociedade territorialmente delimitada, o sistema penal, institucionalização desta violência, aparece estatalmente centralizado e, desde que a legitimidade desta violência física seja oficializada pela lei, ele aparece também como um sistema juridicamente racionalizado⁴¹⁵. E, conclui a professora brasileira, ao estabelecer que o Estado moderno ocidental estrutura o poder de punir e o sistema penal por uma dupla via legitimadora, tendo “por um lado, por uma justificação e legitimação pela legalidade que se conecta com o seu enquadramento na programação normativa; por outro lado, por uma justificação e legitimação utilitarista que se conecta com a definição dos fins perseguidos pela pena”.⁴¹⁶

Obviamente que os referidos discursos legitimadores do sistema penal moderno (afirmação e explicitação do princípio da legalidade e as funções utilitárias atribuídas à pena) não passaram incólumes a um conjunto de ataques derivados especialmente em razão do não-cumprimento de suas metas de programação e de suas funções declaradas, sofrendo um processo de deslegitimação do sistema penal. Para Zaffaroni a deslegitimação dos sistemas penais e o desprestígio dos seus discursos não se operou de forma abrupta no marco teórico dos países centrais, “mas resultaram de um longo processo de revelação de dados reais, acompanhado de um paralelo empobrecimento filosófico do discurso jurídico-penal, que permitiu a sobrevivência – quase intactas neste discurso – de concepções do homem ou de antropologias filosóficas há muito desaparecidas”.⁴¹⁷

Em sentido idêntico, Stanley Cohen classifica como “impulso desestruturador” esse “conjunto de ataques – críticas, demandas, visões, teorias, movimentos de reforma, etc. – que constituíram, desde a década de 60 como que um assalto continuado às próprias fundações (ideológicas e institucionais) do sistema de controle penal da modernidade”.⁴¹⁸

A hipótese de David Garland é no viés de que as estruturas e ideologias do controle do crime moderno ruíram (onde efetivamente ruíram) não apenas por causa da crítica

⁴¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 176.

⁴¹⁶ Idem, p. 177.

⁴¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 45-46.

⁴¹⁸ COHEN, Stanley. *Visiones de control social*. Tradução de Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988, p. 56.

intelectual, tampouco por causa de um fracasso penalógico, mas porque elas perderam sua sustentação nos modos de vida e nas crenças correspondentes⁴¹⁹.

Nosso enfoque da “historicidade” afasta-se, em respeito à nossa própria visão social de mundo, da história oficial/idealista que entende o moderno sistema da justiça penal como produto de uma evolução progressiva da “barbárie” ao “humanismo”. De fato, afirma Vera Andrade, que “a história oficial da emergência do moderno sistema de justiça penal é precisamente a representada pelo discurso jurídico declarado que, desde uma visão linear e idealista da história a contou como produto de uma evolução progressista”.⁴²⁰

Optamos, pois, pelo viés das “histórias revisionistas” que apresentam outra versão da história oficial do poder, do controle e da dominação e demonstram o idealismo do discurso jurídico⁴²¹. Nosso caminho para a deslegitimação teórica do sistema penal é o enfoque materialista-marxista, seja ele representado de forma institucional ou não.

Este modo de enfrentar os problemas epistemológicos do controle social, assim definido por Alessandro Baratta como “enfoque materialista” ou “político-econômico” se opõe ao modelo – que tem sido dominante e mais difundido entre os juristas – classificado como enfoque ideológico ou idealista, cuja premissa fundamental destas teorias “é o axioma segundo o qual a pena é uma resposta à criminalidade, um meio de luta contra ela”.⁴²² Após reconhecer que o debate sobre a teoria dos objetivos da pena pareça absolutamente incapaz de conduzir a um conhecimento científico desta instituição comparado a função real da prisão na nossa sociedade, Baratta sustenta os irreversíveis êxitos atingidos pelo enfoque materialista ao consolidar duas teses centrais no sentido de que: (a) para que se possa definir a realidade do cárcere e interpretar seu desenvolvimento histórico, é necessário levar em conta a função efetiva cumprida por esta instituição no seio da sociedade; e (b) para fim de

⁴¹⁹ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 171-172.

⁴²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 189.

⁴²¹ Obra citada, p. 190.

⁴²² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 191.

individualizar esta função, é preciso levar em conta os tipos determinados de sociedade em que o cárcere apareceu e se desenvolveu como instituição penal⁴²³.

Trata-se de recontar a história de nossas reações políticas e culturais e das correspondentes implicações destes câmbios no tratamento do crime, do controle e da justiça penal. Não se constitui em relatar um período da história, mas apontar as mudanças sociais que o influenciaram e modificaram o controle social punitivo.

O alerta de David Garland é no sentido de que tendemos a ver os eventos contemporâneos como tendo somente causas contemporâneas, quando, na verdade, estamos inseridos em processos duradouros de mudança histórica e somos afetados pelo efeito recorrente de eventos agora esquecidos, ou seja, “nossas escolhas atuais são visceralmente dependentes do caminho já trilhado e refletem o padrão de decisões e de arranjos institucionais anteriores, assim como nossos modos de pensar refletem as circunstâncias e problemas dos períodos em que originalmente se desenvolveram”.⁴²⁴

É que o sistema penal e a prisão formam parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente. O elemento comum no plano teórico das histórias revisionistas materialistas é que “a emergência da pena de prisão e do moderno sistema penal somente pode ser compreendida no marco das transformações sociais, econômicas e políticas concretas que presidem à consolidação da sociedade capitalista”.⁴²⁵

O tema recebe o tratamento teórico que a escola de Frankfurt adota, particularmente, através do trabalho de pesquisa histórica com vistas à reconstrução da matriz burguesa da cultura do século XIX em crise que aponta o surgimento do conceito burguês de disciplina (com sua implicação cultural) e as mudanças conhecidas sobre a organização capitalista do trabalho (num sentido mais amplo e menos estritamente científico do que aquele adotado na crítica marxista da economia política).

⁴²³ Idem, p. 191.

⁴²⁴ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 83.

⁴²⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 191.

O sistema penal, nítida manifestação de poder para a construção da hegemonia, é uma das diversas ferramentas utilizadas pelo controle social para produzir formas de dominação e exploração de determinados grupos e dimensionar sua relação com o poder.

Desta maneira, resta clara a importância de conhecer a “historicidade” do sistema penal em seu contexto de mecanismo típico de controle social de comportamentos e como reprodução e manutenção de específicas estruturas sociais.

Sim, pois, compreender as “causas” que construíram historicamente a prisão como instrumento de controle social nas sociedades capitalistas nos afasta de imaginar – como sói acontecer com o senso comum teórico – o sistema penal como algo natural que funciona exclusivamente para proteger bens jurídicos e manter a paz social.

Nilo Batista, advertindo para os riscos da adoção de um universalismo a-histórico e da respectiva consequência de entender e aceitar a história do direito como autônoma e destacada do contexto histórico em que tal direito fora produzido, ao analisar o direito penal define que esta forma de controle “vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”.⁴²⁶ E, segue o criminólogo brasileiro, o direito penal é disposto pelo estado para a concreta realização de fins, cabendo ao Estado, portanto, uma missão política de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social (controle social)⁴²⁷.

Em sentido idêntico, sustenta Alessandro Baratta que a função natural do sistema penal “es conservar y reproducir la realidad social existente”.⁴²⁸ Por isso, a legitimação de certos objetos de tutela e não de outros, sobre a base de sua “relevância penal”, deixa aberto o problema da aptidão do direito penal sobre a base de sua qualidade instrumental. Assim, finaliza o autor italiano, “por más que sea loable cualquier operación teórica y política dirigida a reducir cuantitativamente los sistemas penales y a contener su tendencia expansiva, el déficit de verificación cualitativa de la legitimación instrumental del sistema no será jamás saneado por los resultados cuantitativos de aquella operación”.⁴²⁹

⁴²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

⁴²⁷ Idem, p. 20.

⁴²⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2004, p. 107.

⁴²⁹ Idem, p. 63.

O aporte histórico-causal (origem concreta) da função instrumental do discurso criminal, ou seja, de sua dimensão qualitativa, nos traz elementos para desconstruir os discursos legitimadores de expansão do sistema punitivo (dimensão quantitativa). E o elemento ideológico não é contingente, senão inerente a estrutura e a forma de funcionamento do sistema penal, assim como este, em geral, é reflexo do direito abstrato moderno. Não se pode negar, assim, que a forma da mediação jurídica das relações de produção e das relações sociais na sociedade capitalista moderna é ideológica. Neste viés a função do direito não é produzir igualdade, mas reproduzir e manter a desigualdade, assegurando, reproduzindo e legitimando “las relaciones de desigualdad que caracterizan a nuestra sociedad, en particular la escala social vertical, es decir, la distribución diversa de recursos y de poder, la consecuencia visible del modo de producción capitalista”.⁴³⁰

E a referida forma de mirar/definir o objeto e os termos da questão criminal deve negar o conhecimento causal-naturalista e a-histórico que produz uma “coisificação” dos resultados produzidos pelas definições normativas e a criminalidade. Ao contrário, entender a realidade social em seu contexto e em movimento, nos insere em um modelo de racionalidade crítico que corresponde ao princípio da lógica da contradição dialética, afinal:

si llegamos a la conclusión que los principios estructurales y funcionales necesarios para organizar científicamente el conocimiento del sistema penal están opuestos a aquellos que son declarados por el mismo, entonces, partiendo de un concepto dialéctico de racionalidad, excluirémos que esta contradicción entre los principios declarados y el funcionamiento real del sistema, sea un caso de azar, un contratiempo emergente de su realización, imperfecto como todo lo que es humano. Nosotros no consideraremos la imagen ideal que el sistema propone de sí mismo únicamente como un *error* de parte de los operadores y del público, sino que le atribuiremos el status de una *ideología*. Esta ideología penal deviene una parte integrante del objeto de un análisis científico del sistema penal. El funcionamiento del sistema no se realiza *no obstante* sino a *través* de esta contradicción. Ella es un elemento importante, como otros elementos del sistema, para asegurar la realización de las funciones que ella tiene en el interior del conjunto de la estructura social.⁴³¹

Desta forma, uma teoria materialista se caracteriza pelo fato de relacionar as situações socialmente negativas e o processo de criminalização (questões criminais) com as relações sociais de produção e a estrutura do processo de valorização do capital. Até mesmo porque o funcionamento desigual e fragmentário do sistema penal não reflete somente a

⁴³⁰ Idem, p. 94-95.

⁴³¹ Idem, p. 95.

desigual distribuição dos recursos e do poder na sociedade, mas também concorre a reprodução material das relações de subordinação e de exploração⁴³². Reafirmando a lógica da contradição materialista, Nilo Batista sedimenta que embora o direito penal seja modelado na sociedade ele também interage com essa mesma sociedade, uma vez que é determinado pela necessidade do poder que confere garantia e continuidade às relações materiais de produção prevalentes nesta sociedade e, portanto, não estariam as normas jurídico-penais alijadas de qualquer influência ativa sobre o respectivo seio social⁴³³.

4.1.2 Todo fenômeno social tem sua evolução temporal: cárcere e fábrica

Uma vez verificada a “causa” que originou a prisão como instrumento de controle social nas sociedades capitalistas, nos resta – em sede de historicidade – apresentar a evolução temporal do referido aparelho de punição por privação da liberdade.

Para nossa abordagem da “história revisionista” e utilizando as indicações epistemológicas materialistas como instrumento de deslegitimação do sistema penal, recorreremos (por arbitrariedade seletiva) a historiografia de Evgeny Pashukanis, Georg Rusche/Otto Kirchheimer, e Dario Melossi/Massimo Pavarini⁴³⁴.

Embora os citados autores (e suas respectivas obras) guardem entre si diferenças internas, o conjunto de suas abordagens, segundo Vera Andrade, comunga de algumas indicações epistemológicas, entre as quais se destaca: (a) o sistema penal não pode ser compreendido como realidade autônoma, mas como parte do sistema social concreto no qual se insere e a partir da conexão funcional que guarda com ele (daí a necessidade de fundamentar o estudo das suas funções declaradas na base das funções latentes e reais); (b) a reforma iluminista e a fundação do sistema penal moderno que dela decorreu não resultam unicamente de transformações das ideias, mas de transformações no sistema social, e suas

⁴³² Idem, p. 96.

⁴³³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 22.

⁴³⁴ Excluimos de tal análise a obra de Michel Foucault. Apesar de todos os autores trabalhados, assim como Foucault, chegarem a mesma conclusão de que o cárcere e as outras instruções segregantes parecem isoladas da sociedade livre, contudo essa separação é aparente pois não fazem mais que manifestar os modelos econômicos e sociais que se dão em uma sociedade concreta. No entanto, ao contrário de Evgeny Pashukanis, Georg Rusche/Otto Kirchheimer, e Dario Melossi/Massimo Pavarini, Michel Foucault busca no modelo de controle disciplinar seu objeto de estudo, considerando o cárcere o melhor exemplo de modelo disciplinar exercido no contexto social por quem detém o poder. O interessa mais descobrir os mecanismos abstratos deste modelo que o estudo das modalidades concretas de gestão do sistema penitenciário ou dos outros instrumentos de controle social existentes no período que analisava (escola, hospital, quartel, fábrica).

funções declaradas ocultam exigências e funções latentes (o discurso declarado é ideológico); e (c) o desenvolvimento histórico e a situação presente da prisão e do sistema penal só podem ser compreendidos em relação à fundação do sistema e da unidade do direito, isto é, entre a programação normativa e sua aplicação⁴³⁵.

Em sentido idêntico esclarece Vera Malaguti que “embora os clássicos da teoria marxista não tenham desenvolvido um pensamento articulado sobre a questão criminal, todos eles produziram artigos ou textos em que apontavam o sentido classista das criminalizações histórica e do poder punitivo”.⁴³⁶ Apesar de reconhecer as dificuldades para delimitar o marco teórico marxista – e entendendo o emprego da palavra ‘marxista’ em seu sentido ideológico – e, portanto, externando a problemática para estabelecer a contribuição teórica da referida ideologia à deslegitimação do sistema penal, Zaffaroni esclarece que:

embora Marx não tenha analisado em profundidade o sistema penal, ao qual foram dedicados escassos e dispersos parágrafos, sujeitos a interpretações muito controvertidas, considerava, obviamente, que para tanto seria necessário deslegitimar todo o direito, especialmente o direito penal, relegando-o à categoria de ‘superestrutura ideológica’.⁴³⁷

Desnecessário, portanto, tentar elaborar uma teoria global do desvio e do controle social tendo como base o exame dos clássicos marxistas. No entanto, adverte Pavarini que se pode encontrar, no conjunto da reflexão marxista, algumas indicações teóricas e metodológicas fundamentais sobre a temática⁴³⁸. O fato é que “o Marxismo desvelou, então, a aparência legitimadora da norma jurídica sobre os modos e as lutas que se produzem nas relações sociais de classe”⁴³⁹, não havendo uma teoria materialista do desvio, mas aproximações marxistas à questão criminal. É necessário esclarecer que “ni Marx ni Engels (y tampoco los grandes pensadores marxistas como Lenin, Rosa Luxemburgo, Gramsci, Mao, etc.) han dedicado al problema penal y a la cuestión criminal una atención particular y

⁴³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 191. A autora não inclui em suas análises a obra de Evgeny Pashukanis. No entanto Zaffaroni faz tal abordagem em ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 53-55.

⁴³⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 79.

⁴³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 51.

⁴³⁸ PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 149.

⁴³⁹ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 80.

sistemática para que sea posible hablar (...) de una teoría materialista de la desviación”.⁴⁴⁰ Assim, um (re)leitura de alguns autores marxistas demonstra que o castigo – antes de ser uma reação frente ao delito – é um fenômeno histórico que adota formas particulares e se adapta em sistemas punitivos específicos. Ou, em outros termos, podemos dizer que determinadas transformações no modo de produção/reprodução social ensejam manifestações de exercício de poder (no caso o controle do desvio na era capitalista).

Ao analisar as concepções de castigo em torno de Marx e suas bases teóricas, Carolina Prado afirma existirem duas maneiras de mirar o fenômeno sob essa ótica: (I) castigo e relações econômicas e (II) castigo, ideologia e forças sociais⁴⁴¹.

De acordo com esta concepção as transformações ocorridas no mundo do trabalho, ocorridas em distintas épocas e lugares, atuam de maneira decisiva no estabelecimento dos distintos regimes coercitivos e nas modalidades das penas. É que a relação entre mercado de trabalho e pena, bem como a respectiva subserviência das instituições penais ao trabalho, foram fatores decisivos para a implantação, manutenção e transformação do sistema de controle social e punitivo. Algumas mudanças econômicas contribuíram para incrementar o valor da vida humana e levaram o Estado a fazer um uso pragmático da força de trabalho à sua disposição, resultando, portanto, que o caráter das penas está intimamente associado aos e dependente dos valores culturais do Estado que as emprega. O trabalho mostra a íntima inter-relação entre a pena e a cultura que a produz.

Alessandro Baratta, ao analisar as funções do cárcere na produção da relação social de desigualdade e também dos sujeitos passivos resultantes de tal relação, afirma que a vinculação parece bem clara quando se considera a conexão entre a relação capitalista de desigualdade – sobretudo no viés da subordinação – ligada estruturalmente a separação da propriedade da força de trabalho dos meios de produção e, por outro lado, a disciplina, ao controle total do indivíduo requerido pelo regime de trabalho na fábrica, ainda mais em uma estrutura de poder da sociedade que assumiu igualmente o modelo da fábrica. Dessa forma, o nexo histórico entre o cárcere e a fábrica, entre a introdução do sistema carcerário e a

⁴⁴⁰ PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 148-149.

⁴⁴¹ PRADO, Carolina. *Dos concepciones del castigo en torno a Marx*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 118.

transformação de uma massa disciplinada de camponeses expulsos da montanha e separados dos próprios meios de produção, “convirtiéndolos en individuos aptos para la disciplina de la fábrica moderna, es un elemento esencial para comprender la función de la institución carcelaria, que nace junto a la sociedad capitalista y acompaña su historia”.⁴⁴² Em resumo, o cárcere representa a ponto de um iceberg que é o sistema penal burguês, “el momento culminante de un proceso de selección que se inicia mucho antes de la intervención de los institutos de control de la desviación de menores, de la asistencia social, etc. Ello representa, generalmente, la consagración definitiva de una carrera criminal”.⁴⁴³

Ao analisar sob o viés marxista o direito e a violação da lei, Evgeny Pashukanis em sua obra “Teoria geral do direito e marxismo”, publicada em 1924, apresenta um ensaio metodológico que aborda o direito sob o viés da dialética e do materialismo histórico.

Para Zaffaroni o discurso de Evgeny Pashukanis foi produzido no âmbito do marxismo institucionalizado e se traduziu em uma deslegitimação geral do discurso jurídico, uma vez que o direito era entendido como uma mera forma jurídica, produto exclusivo da sociedade capitalista, gerado pelas relações de troca que lhe são próprias e, em consequência desse fator, “como o advento do socialismo não extinguiria automaticamente as relações de troca, que continuariam a existir como vestígio da sociedade burguesa, também não se extinguiria a forma jurídica, que desapareceria somente em uma etapa mais avançada, quando essas relações fossem superadas”.⁴⁴⁴

De fato, apesar de não desprezar a referência normativa do direito, Evgeny Pashukanis a considera no âmbito do movimento histórico real, afastando-se radicalmente tanto da perspectiva do puro formalismo, a-histórico e abstrato, quando do sociologismo jurídico que enfoca o fenômeno social com rejeição do enlace formal. Considerando o direito como uma relação social específica, traduzindo, em última instância, a relação de troca (de equivalente) entre possuidores de mercadorias (inclusive a força de trabalho), o autor o entende como uma expressão histórica que supõe, em sua manifestação mais alta, determinado modo de produção caracterizado pela existência de sujeitos egoístas,

⁴⁴² BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2004, p. 365.

⁴⁴³ Idem, p. 366.

⁴⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 53.

atomizados, proprietários e portadores de interesses contrapostos. Assim, a lei se assemelha a uma história real que se desenvolve não como um sistema de pensamento completo, senão como um sistema especial de relações sociais, afinal “las personas entran estas relaciones porque no han elegido conscientemente a hacerlo, sino porque las condiciones de producción que requieren. El hombre se transforma en un sujeto de derecho de la misma manera que un producto natural se transforma en una mercancía con su misteriosa cualidad de valor”.⁴⁴⁵

Para Evgeny Pashukanis esta é uma necessidade natural que se limita ao marco das condições burguesas da existência. A doutrina do direito natural, conscientemente ou não, está na base das teorias burguesas da lei, sendo a expressão mais clara da ideologia burguesa na época em que a burguesia – em qualidade de uma classe revolucionária – formulou suas demandas de maneira aberta e consciente, assim como proporcionou um modelo de compreensão mais profunda e distinta da forma jurídica. O foco central da teoria jurídica, então, não se converteu na análise da forma jurídica, “pero el problema de justificar el poder coercitivo de las normas jurídicas. Una mezcla única de historicismo y positivismo jurídico se ha creado lo que llevó a la negación de toda ley distinta de la normativa que emana del Estado”.⁴⁴⁶ As formas assumidas pelo direito no capitalismo são reflexos de determinadas posturas econômicas expressados legalmente em formas de valores e interesses parciais.

A lei se apresenta como um fenômeno fundamentalmente comercial que, ao alcançar seu apogeu neste tipo de sociedade, se baseia em princípios de individualidade abstrata, igualdade e equivalência entre partes. Sob a ótica da noção de mercadoria, a lei assume uma visão dos homens como proprietários, e de suas relações jurídicas como transações ou mero intercâmbio de produtos.

Neste contexto, segundo Carolina Prado, “la ley, entonces, se erige en un catálogo de derechos y deberes acordes a tales composiciones mercantiles. Sobre el cuadro de conflictos, expresa que atañe al Derecho conferir legalidad a relaciones económicas desiguales, dotándolas de legitimidad y haciéndolas más expeditas”.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ PASHUKANIS, Evgeny. *La teoría general del derecho y el marxismo*. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Bierne y Sharlet, 1980, p.11.

⁴⁴⁶ Idem, p. 12.

⁴⁴⁷ PRADO, Carolina. *Dos concepciones del castigo en torno a Marx*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 121.

Percebe-se, assim, que Evgeny Pashukanis, abandonando uma visão passiva e meramente especulativa do direito, sustenta que as formas legais cumprem um papel de fundamental importância na manutenção e conservação do sistema, de modo que essa função pode ser verificada, de um lado, porque o direito mediante uma clara e firme estrutura de normas e instituições se ocupa em preservar e reforçar as relações capitalistas e, por outro lado, utilizando um discurso legal que esconde as especulações setoriais sob a aparência de interesses gerais e universais, o direito se torna relevante na elaboração de uma ideologia que legitima as referidas relações. Esta natureza ideológica assume lugar “a través de la noción de sujeto jurídico universal, artilugio que, cuando asevera la igualdad de todos los individuos ante la ley, decide ignorar y ocultar las diferencias reales entre los mismos”.⁴⁴⁸ Ao contemplar todos os homens como iguais e proteger sem distinção o direito de propriedade, o ordenamento jurídico silencia as reais desigualdades que separam o rico do pobre (é dizer: a própria capacidade de ser sujeito de direitos). Ao mesmo tempo que as teorias idealistas da lei começam com uma ideia geral para desenvolver o conceito de sujeito, a jurisprudência dogmática se utiliza desse conceito puramente especulativo de maneira formal, resultando que “el tema no es más que un medio para que la calificación jurídica de los fenómenos desde la perspectiva de su adecuación o inadecuación de participación en el tráfico jurídico”.⁴⁴⁹

No entanto, ao compreender o direito sob o viés da dialética e do materialismo histórico, Evgeny Pashukanis considera toda forma social como histórica e, portanto, em sua tarefa estabelece outra explicação para as condições históricas e materiais através da relação do capitalismo e de sua derivação direta da mercadoria.

Ou seja, a sociedade capitalista é sobretudo uma sociedade de proprietários de mercadorias, isto significa que “en el proceso de producción de las relaciones sociales de la gente asume una forma objetiva en los productos del trabajo y se relacionan entre sí como valores. Las mercancías son objetos cuya concretas multiplicidad de cualidades útiles se convierte meramente en una cubierta física simple de la cualidad abstracta de valor”⁴⁵⁰, e esta

⁴⁴⁸ Idem, p. 122.

⁴⁴⁹ PASHUKANIS, Evgeny. *La teoría general del derecho y el marxismo*. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Bierne y Sharlet, 1980, p.27.

⁴⁵⁰ Idem, p. 28.

qualidade se apresenta como algo inerente aos próprios objetos pela força de um tipo de lei que atua de maneira falaciosa em relação as pessoas e independente de sua vontade.

E, finalizando seu entendimento sobre a relação jurídica, Evgeny Pashukanis esclarece que a esfera de dominação, que assumiu a forma de um direito subjetivo, “es un fenómeno social que se atribuye a la persona sobre la misma base que el valor, también un fenómeno social, se atribuye a un objeto, un producto del trabajo”⁴⁵¹, onde o fetichismo da mercadoria se complementa com o fetichismo legal.

Em relação ao controle social punitivo, as ideias de Evgeny Pashukanis são no sentido de considerar o direito penal e o castigo como instituições que cumprem uma função política do aparato repressor e ideológico do Estado, sim, pois, desde essa ideia que o autor remonta suas explorações acerca da essência distintiva do direito na sociedade capitalista e de todo fetichismo que impregna todo o mundo jurídico.

Afinal, como esclarece Carolina Prado “del fetichismo de las mercancías que, como rasgo patente del capitalismo, importa un proceso de inversión del sujeto por el objeto a través del cual, en este modo de producción, el trabajador es tratado como una mercancía más, como una cosa, mientras que el capital se convierte en el verdadero sujeto social”.⁴⁵²

O direito penal, instrumento político-ideológico do Estado burguês que não escapa do fetichismo do mercado/bens, é direcionado pelas relações de troca ocorridas no seio capitalismo, que, por sua vez, moldam as leis, as instituições e sanções penais. Para Evgeny Pashukanis a lei penal é o âmbito onde a relação jurídica alcança sua máxima intensidade, sendo que de todos os tipos de direito é o direito penal que tem essa capacidade de assumir personalidade independente, afinal “ha sido siempre, por lo tanto, atraído el interés más vivo y práctico, y castigos por su violación están estrechamente asociados entre sí - por lo tanto, el derecho penal, por así decirlo, asume el papel del representante de la ley en general. Es la parte que sustituye a la totalidad”.⁴⁵³

⁴⁵¹ Idem, p. 33.

⁴⁵² PRADO, Carolina. *Dos concepciones del castigo en torno a Marx*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 121.

⁴⁵³ PASHUKANIS, Evgeny. *La teoría general del derecho y el marxismo*. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Bierne y Sharlet, 1980, p. 80.

Analizando o direito penal moderno o jurista soviético avalia que é fácil discernir os estratos históricos que contribuíram para sua formação, porque a jurisdição penal do Estado burguês se organiza com base no terror de classes, apoiando toda a estrutura do Estado no sistema de direito penal e mantendo a classe social explorada em obediência. Do ponto de vista sociológico, a burguesia assegura e mantém o seu domínio de classe mediante seu sistema social punitivo. Afirmando que as medidas penais são utilizadas, em um primeiro plano, contra elementos marginais da sociedade, Evgeny Pashukanis sustenta que “la comprensión del verdadero significado de la actividad punitiva del Estado de clase sólo es posible mediante la percepción de su carácter antagónico”⁴⁵⁴, pois todo determinado sistema histórico de política penal traz as marcas dos interesses da classe que o realizou.

O interesse de classes imprime a cada sistema penal a marca da concretização histórica e somente com o completo aniquilamento das classes é que se permitirá a criação de um sistema penal imune a todo elemento antagônico. O direito penal, desta forma, pertence à superestrutura jurídica na medida em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental que está subordinada a sociedade moderna: a troca de equivalentes e todas suas consequências. Ou, em outros termos, o direito penal é uma forma de relação entre sujeitos egoístas isolados, portadores de interesses privados autônomos, sendo que os conceitos de crime e castigo são definições necessárias ao funcionamento deste tipo de forma jurídica⁴⁵⁵.

Após afirmar que o direito penal possui conotações especiais em relação ao direito privado (em especial no tocante as suas influências e funções), Evgeny Pashukanis sustenta que no mundo capitalista a função do direito penal adquire duas formas distintas: a repressão e a ideologia. Para Carolina Prado, a função da repressão atua mediante o recurso da pena, que reveste igualmente a forma mercantil, afinal a “pena consiste, en definitiva, en una transacción que, a partir de la comisión de la infracción, se celebra entre el Estado y el delincuente para el pago de la deuda contraída. Este acuerdo (...) es como cualquier otro contrato desplegado en el mundo de los negocios”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Idem, p. 87.

⁴⁵⁵ Idem, p. 99.

⁴⁵⁶ PRADO, Carolina. *Dos concepciones del castigo en torno a Marx*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 123-124.

De fato, a ideia de responsabilidade é necessária se o castigo é um método de pagamento, ou melhor, as respostas penais pelo delito com a liberdade (uma quantidade dela) que é proporcional a gravidade do ato praticado, pois a privação “es la forma específica en la que el módem, es decir, el derecho penal capitalista burguesa, se da cuenta de la base de la retribución equivalente. Este método es muy, pero inconscientemente conectado con el concepto del hombre abstracto y del tiempo el trabajo humano abstracto”.⁴⁵⁷

Por outro lado, a função ideológica do sistema penal resulta evidente na constatação da enorme distância existente entre os preceitos legais, o delito e o castigo, afinal “el Derecho penal y la pena constituyen un instrumento de dominación que protege el derecho de propiedad de las clases dominantes, en contra de quienes carecen de una posición en la sociedad o constituyen una amenaza a sus intereses”⁴⁵⁸. Ou, no dizer de Evgeny Pashukanis, o viés ideológico é “una condición necesaria para la aparición de la noción de que el pago por un crimen debe ser por una cantidad previamente determinada de la libertad abstracta, es que todas las formas concretas de la riqueza social tenía que ser reducida a la forma más simple y más abstracto - para el tiempo de trabajo humano”⁴⁵⁹.

Trilhando igualmente uma abordagem do sistema penal à luz de categorias do materialismo histórico temos a obra “punición e estrutura social”, de 1939, dos autores da Escola de Frankfurt Georg Rusche e Otto Kirchheimer.

Tal investigação aparece como grande contribuição ao estudo do castigo e das relações econômicas ao empregar conceitos de Marx e Engels na questão criminal.

Após uma revisão histórica dos diferentes métodos penais existentes entre a Idade Média e a metade do século XX, o livro define “una verdadera economía política del castigo que, al marcar un antagonismo con los penalistas y sus teorías de las penas asentadas en los principios del deber ser, representa una verdadera revolución epistemológica en la

⁴⁵⁷ PASHUKANIS, Evgeny. *La teoría general del derecho y el marxismo*. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Bierne y Sharlet, 1980, p. 93.

⁴⁵⁸ PRADO, Carolina. *Dos concepciones del castigo en torno a Marx*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 125.

⁴⁵⁹ PASHUKANIS, Evgeny. *La teoría general del derecho y el marxismo*. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Bierne y Sharlet, 1980, p. 93.

materia”.⁴⁶⁰ Apesar de “punição e estrutura social” não abordar especificamente o cárcere em si, o estudo é centrado no nascimento das prisões como forma burguesa de punição na passagem para o capitalismo e o respectivo processo de ideologização subjacente à problemática e a própria justificação da punição.

Georg Rusche e Otto Kirchheimer afirmam que, embora a sociologia criminal venha recebendo cada vez mais atenção, métodos de punição e seu desenvolvimento histórico foram pouco estudados a partir de uma abordagem propriamente histórica⁴⁶¹.

E, a partir desta constatação, os autores perguntam por que certos métodos de punição são adotados ou rejeitados numa dada situação? Qual a extensão da determinação das relações sociais no desenvolvimento dos métodos de punição? Estas questões são, pelo menos, tão importantes quanto o problema da relação entre crime e meio social.

Para os autores frankfurtianos, a negligência da sociologia ao abordar os estudos sobre os sistemas penais pode provavelmente ser atribuída:

primeiramente, ao fato de que o problema é geralmente abordado sob a ótica da teoria penal. Nenhuma das teorias da punição, nem a absolutista nem a teleológica, está apta a explicar a introdução de certos métodos de punição no interior da totalidade do processo social. As teorias absolutistas falham por princípio, pois elas veem na relação entre culpa e expiação um problema de imputação jurídica no qual o indivíduo aparece como sujeito dotado de livre arbítrio. As teorias teleológicas, de outro lado, concentrando-se em necessidades sociais reais ou hipotéticas, tendem a considerar as dificuldades para o conhecimento de seu projeto como decorrentes de problemas de ordem técnica e não histórica. As teorias penais não apenas contribuíram pouco, diretamente, como tiveram uma influência negativa nas análises histórico-sociológicas dos métodos punitivos. Ademais, como estas teorias consideram a punição como algo eterno e imutável, elas se opõem a qualquer tipo de investigação histórica.⁴⁶²

Para Vera Andrade, trata-se, então, de romper com o enfoque jurídico abstrato, no qual a pena é concebida como epifenômeno do crime (seja como retribuição proporcionada a ele ou como sua prevenção) para recolocá-la e explicá-la no marco da relação histórica entre os diversos sistemas punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam, desde a escravidão, passando pelo feudalismo e, em especial, a relação entre o modo

⁴⁶⁰ PRADO, Carolina. *Dos concepciones del castigo en torno a Marx*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 118.

⁴⁶¹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 17.

⁴⁶² Idem, p. 17-18.

capitalista e a afirmação da prisão, a partir do final do século XVIII, como método punitivo central. A pena, superestrutura punitiva, é vinculada à estrutura econômica da sociedade e a partir dela é explicada⁴⁶³. A tese que se extrai desta investigação é a da seletividade classista dos modernos sistemas punitivos, ou seja, a de que a população criminal se recruta predominantemente entre as classes mais baixas da sociedade.

Para adotar uma abordagem mais profícua para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da pena de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico e, por fim, trabalhá-la a partir de suas verdadeiras relações. A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre delito e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isto tudo tem que acabar. E, seguem Georg Rusche e Otto Kirchheimer: “a pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais”.⁴⁶⁴ Não se nega que a pena tenha fins específicos, mas sim que ela possa ser entendida tão somente a partir de seus fins.

Considerada assim, longe de surgir como resposta social contra a criminalidade, a pena consiste em um mecanismo que atua e deriva diretamente da luta de classes.

De fato, em razão de algumas características e de sua natureza social, atuam uma série de determinantes independentes de seu conceito legal e de suas supostas funções jurídicas de controle e sanção do delito. A pena como tal não existe, existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas. O objeto de nossa investigação, portanto, é a pena em suas manifestações específicas, as causas de sua mudança e de seu desenvolvimento, as bases para a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos⁴⁶⁵. Em decorrência de que nas sociedades capitalistas a percepção da realidade se encontra distorcida pela ideologia dominante (senso comum) é habitual enxergar o castigo como um meio de defesa social e de proteção de todos.

⁴⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 192-193.

⁴⁶⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 19.

⁴⁶⁵ Idem, p. 19.

Para Carolina Prado, a obra “punição e estrutura social” estabelece como o “poder se despliega en forma implacable en apoyo a los intereses de una clase (propietarios de los medios de producción) y en detrimento de los pertenecientes a la otra (la de los proletarios)”.⁴⁶⁶ Por certo os autores Georg Rusche e Otto Kirchheimer não desconheciam e nem negavam a importância dos fatores fiscais, religiosos, políticos (entre outros) na determinação do controle social, no entanto afirmam que o mercado de trabalho constitui o ingrediente básico e fundamental da pena. Sustentam, pois, que a transformação nos sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas da luta contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo, afinal todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção.

É necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais, afinal:

quando nos voltamos para os fatores condicionantes positivos, podemos ver que a simples constatação de que formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico é uma obviedade. É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista, que a prisão com trabalho forçado é impossível sem a manufatura ou a indústria, que fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma economia monetária. De outro lado, o desaparecimento de um dado sistema de produção faz com que a pena correspondente fique inaplicável. Somente um desenvolvimento específico das forças produtivas permite a introdução ou a rejeição de penalidades correspondentes. Porém, antes que métodos potenciais sejam introduzidos, a sociedade precisa estar em condições de incorporá-los como parte de todo o sistema social e econômico. Portanto, se numa economia escravista verifica-se uma situação de escassez de oferta de escravos com a respectiva pressão da demanda, será difícil ignorar a escravidão como método punitivo.⁴⁶⁷

Gabriel Ignacio Anitua, ao analisar a cultura marxista e seus aportes ao estudo da questão criminal, em específico a investigação “punição e estrutura social”, sustenta que seus autores possuíam formação distinta e, via de consequência, explicação diversa ao fenômeno criminal, uma vez que Otto Kirchheimer era um frankfurtiano discípulo de Carl Schmitt, tornando-se um importante constitucionalista que, por essa mesma formação, daria um viés menos economicista a última parte do livro que faz alusão a crítica do capitalismo

⁴⁶⁶ PRADO, Carolina. *Dos concepciones del castigo en torno a Marx*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 119.

⁴⁶⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punición e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20-21.

estadunidense e reprovava o regime nazista. Por outro lado, a tese original de Georg Rusche era menos política e se propunha, com grande originalidade, evidenciar as relações históricas entre o mercado de trabalho e o sistema punitivo.

Para Rusche, a pena não era nem uma simples consequência do delito, nem sua cara oposta, nem um simples meio determinado para os fins que se leva a cabo. Ao contrário, devia ser entendido como fenômeno social independente dos conceitos jurídicos e os fins declarados. Portanto, a pena em abstrato não existe, somente houve sistemas punitivos concretos e práticas determinadas para o tratamento dos criminosos⁴⁶⁸.

Assim, na sociedade capitalista, a pena – e em concreto a prisão – depende do desenvolvimento do mercado de trabalho, pois o número da população apenada e seu tratamento no interior dos cárceres depende do aumento ou diminuição da mão-de-obra disponível no mercado de trabalho e das necessidades que tenha dela o capital.

Em geral, segue Anitua, os concretos sistemas punitivos estão supeditados as formas de produções concretas. Dessa forma, o mercado laboral constitui o determinante básico da pena, que pode ser constatado em duas questões particulares:

actúa fijando el valor social de la vida de los menos capacitados para trabajar: en períodos de abundancia de mano de obra, la política criminal revestía formas inflexibles e impiedosas; en tanto que durante tiempos de crecimiento de la demanda de mano de obra, tal política se ocupaba de preservar la vida y fuerza de trabajo de los infractores. Y actúa en la aplicación de las penas a través de lo que denominaría “ley de menor elegibilidad”: las condiciones de vida carcelarias deben ser siempre peores a las peores circunstancias de vida en la sociedad libre.⁴⁶⁹

O mercado laboral e a pena estão totalmente relacionados pois as instituições penais não somente estão pautadas em termos de população carcerária e condições de vida dos reclusos, senão que também no sentido de que é o trabalho que dita os cânones da disciplina destes. O castigo “cumple una función positiva, aunque menor, en la constitución de la fuerza de trabajo, ya que la idea presente en la cárcel es la de crear en los presos actitudes y comportamientos propicios al trabajo e introducirlos en la disciplina fabril”.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 383.

⁴⁶⁹ Idem, p. 384.

⁴⁷⁰ Idem, p. 384.

Uma análise crítica da sociedade burguesa nos oferece elementos teóricos e históricos necessários para uma explicação dos fundamentos estruturais dos atuais processos institucionais de criminalização e de controle social.

Trilha idêntico sentido a obra *Cárcel y Fábrica* (1977) de autoria de Dario Melossi e Massimo Pavarini, centrada nas mesmas preocupações da investigação de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, buscava compreender as influências, modos e alcances do mercado laboral no regime interno das prisões. Afirma, ainda, que as funções dos primeiros cárceres da Europa e Estados Unidos se vincularam ao regime disciplinar dos proletários através da vinculação de valores na ordem da submissão, obediência e esforço.

A obra é fruto da reunião dos ensaios de Dario Melossi e Massimo Pavarini em que estudavam, o primeiro autor a relação que existiu entre a criação da instituição carcerária e o trabalho no período de formação do modelo de produção capitalista na Europa em geral e especificamente na Itália, considerando o tempo transcorrido desde a segunda metade do século XVI e a primeira metade do XIX e, por outro lado, Massimo Pavarini analisa a experiência penitenciária nos Estados Unidos na primeira metade do século XIX.

A investigação traduz-se em um importante ensaio sobre as relações existentes entre o cárcere e o trabalho na Europa como um todo (e, em específico, na Itália) entre o século XVI e a primeira metade do século XIX (primeira parte), assim como as experiências penitenciárias dos Estados Unidos da América na primeira metade do século XIX (segunda parte). O problema da pesquisa, segundo os próprios autores, estava centrado no seguinte interrogante: “nadie planteaba con claridad el problema que nos aparecía cada vez más como fundamental: Por qué la cárcel? Por qué en todas las sociedades industrialmente desarrolladas esta institución cumple de manera dominante la función punitiva, hasta el punto de que cárcel y pena son considerados comúnmente casi sinónimos?”.⁴⁷¹

O interesse dos autores pela investigação histórica do sistema penitenciário aponta a busca das razões de fundo que explicam a crise do sistema penitenciário atual e a demonstrar o paralelismo existente entre as instituições carcerárias e os modelos econômicos

⁴⁷¹ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Tradução de Xavier Massimi. Bogotá: Siglo Veintiuno editores, 1980, p.17

e políticos da sociedade. Para isso situam os distintos sistemas penitenciários em um determinado contexto histórico, e a partir dele analisam qual é a relação, ou melhor, as influências que as organizações econômicas e políticas concretas exercem sobre eles.

Em suma, era necessário indagar porquê e de acordo quais critérios políticos, racionais, econômicos, aquele que comete um crime deve cumprir a pena em um cárcere, ainda que tal pergunta, feita várias vezes, faz surgir interrogantes sobre os conceitos mesmo de delito e pena. Assim, resultava fundamental trazer como objetivo da investigação a origem da instituição, pois ao realizar a pergunta o mito de que a prisão sempre existiu caía por terra. E isso não por um amor ao historicismo, senão “porque en la medida en que nos planteábamos el problema histórico, es decir la génesis de la institución, aparecía cada vez más en primer plano el aspecto estructural: la investigación histórica, separando capa por capa de las incrustaciones que las varias ideologías jurídica, penalística y filosófica habían ido depositando sobre la estructura de la institución, manifestaba su trabazón interna”.⁴⁷²

A perspectiva de Dario Melossi e Massimo Pavarini consistiu em construir uma teoria materialista (no sentido marxista da palavra) do fenômeno social chamado cárcere, ou melhor, estender para a compreensão deste fenômeno os critérios básicos da teoria marxista da sociedade. Estamos frente a contribuições de grande importância que estruturam a análise das relações existentes entre o cárcere e as diferentes situações econômicas-sociais e o papel que desempenham atualmente as instituições penitenciárias.

Melossi e Pavarini constroem uma teoria materialista do fenômeno social chamado cárcere e nessa tarefa chegam a estabelecer uma conexão entre o modo de produção capitalista e a origem da instituição carcerária. Explicam que em um sistema de produção pré-capitalista (a sociedade feudal) o cárcere como pena não existe. Existe o cárcere preventivo, cárcere por dívidas, mas não enquanto pena.

Os primeiros exemplos do cárcere como pena se dão no século XIV na Inglaterra quando o sistema feudal mostra sintomas de desintegração. Já não podia sê-lo porque a natureza da sanção penal na época feudal, que era dupla, impedia que se pudessem executar

⁴⁷² Idem, p. 18.

no cárcere. Em efeito, a pena era retributiva, no sentido de equivalência medida como troca de valores e não era possível encontrar na privação do tempo um equivalente ao dano produzido pelo delito por quando em um sistema econômico feudal não existia a ideia de trabalho humano medido por tempo (trabalho assalariado) como forma de redução de todos os meios de riqueza. É dizer, não se entendia expiado no delito arrebatando-se ao indivíduo um *quantum* de liberdade abstratamente predeterminado, mas sim privando-se de outros bens socialmente considerados como valores: a vida, a integridade física, o dinheiro, e o status social. O método que seguem Melossi e Pavarini na individualização das relações concretas existentes entre o cárcere e a organização econômica e política da sociedade. Para eles a preocupação em situar o cárcere em um contexto histórico preciso constitui o fio condutor da investigação, uma vez que comparam os esquemas teóricos-interpretativos que propõe para explicar a gênese e depois o desenvolvimento dos distintos sistemas penitenciários e a concreta incidência que têm as instituições penitenciárias na organização econômica e social em que estão analisando. Segundo os investigadores:

llegamos así a establecer una conexión entre el surgimiento del modo capitalista de producción y el origen de la institución carcelaria moderna. Este es el objeto de los dos ensayos que siguen. Lo cual definió temporal y espacialmente nuestro objeto de manera bastante precisa: el área temporal y espacial o coinciden con e inciden en la formación de una determinada estructura social, pues son un aspecto particular de una estructura global. El objeto de este texto es la definición en términos expresos de esta realidad.⁴⁷³

A pena era considerada como castigo divino, *expiatio*, y desde essa ótica de sua natureza, se esgotava em uma finalidade satisfatória unicamente. Esta natureza híbrida de retribuição e expiação da sanção penal na época feudal, por definição, não pode encontrar no cárcere, ou seja, na privação de um *quantum* de liberdade, sua própria execução.

O cárcere não é uma instituição separada e/ou isolada do contexto social, ao contrário, o cárcere, assim como as instituições de confinamento em geral, embora situado em locais fisicamente fechados (e, portanto, apartados da sociedade livre. O cárcere nada mais faz do que manifestar ou levar a efeito os modelos sociais e econômicos de organização que se tentam impor ou que já existem na sociedade. Se o modo capitalista de produção e a instituição carcerária surgiram ao mesmo tempo em uma relação determinada, “las

⁴⁷³ Idem, p. 18-19.

modificaciones tan profundas que se han dado en el nivel estructural han provocado cambios importantes en las mismas instituciones y en el complejo de los procesos de control social y de reproducción de la fuerza de trabajo”.⁴⁷⁴

4.1.3 Todo fenômeno possui caráter dinâmico: desenvolvimento da instituição carcerária moderna

Vejamos, agora, como se cria a instituição carcerária moderna na Inglaterra e na Europa continental, de modo paralelo a formação do modelo de produção capitalista, tal como descrevem em seu ensaio Dario Melossi e Massimo Pavarini.

No texto, os autores começam explicando o que é o processo de criação da relação do capital (que, para Marx, quem situa a pré-história do capital e do modo de produção capitalista na chamada acumulação originária que define como o processo histórico entre produtor e meios de produção), processo que está na base do fenômeno de transformação dos meios de produção no capital e do produtor direto ligado a terra em obreiro livre, e o que interessa a nossos fins é a formação do proletariado, é dizer, essa massa de camponeses expulsados da terra, seja pelas expropriações, seja pela dissolução dos mosteiros, mas devido à crise do modo de produção feudal, que se viram convertidos em mendigos, vagabundos, bandidos, sempre desocupados.

Na Inglaterra as *enclosures of commons* (expropriações de terras comuns) provocaram um fenômeno social de proporções inauditas no sentido antes expressado, pois essa enorme quantidade de pessoas que não podiam integrar-se a nova realidade laboral (a manufatura), por uma parte porque superavam as necessidades existentes de mão-de-obra e por outra porque adaptar-se a essa nova disciplina requeria tempo e um esforço adicional por quem até esse momento havia vivido na liberdade que dava o campo, esse proletariado, se transformou em uma massa de vagabundos e ladrões.

⁴⁷⁴ Idem, p. 23-24.

Como consequência disso o poder estatal reagiu impondo uma legislação de terror que não conseguiu ser eficaz, pois os azotes, o desterro, a execução, não davam solução a um problema que tinha sua raiz na grave situação de desocupação.

A nova geografia socioeconômica se instaura com a ruptura dos vínculos feudais e com a emergência de uma economia capitalista, impondo a necessidade de elaborar um novo manual sobre o qual se deve ordenar a prática política.

Reconstruir, pois, as vicissitudes relevantes desta sociedade equivale a recorrer a história dos problemas de ordem e controle social deste mesmo tecido social. Até porque o delito, e mais em geral as questões sobre as diversas alterações e desobediências à ordem social, estão sempre presentes em todas as partes de cada sociedade.

Os métodos de punição começaram a sofrer uma mudança gradual e profunda em fins do século XVI. A possibilidade de explorar o trabalho de prisioneiros passou a receber crescentemente mais atenção, com a adoção da escravidão nas galés, deportação e servidão penal através de trabalhos forçados; as duas primeiras por um certo tempo, a terceira como precursora hesitante de uma instituição que tem permanecido até o presente. Algumas vezes elas aparecem simultaneamente com o sistema tradicional de fianças e penas capital e corporal, em outras, tenderam a substituí-lo.

Essas mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades.

O surgimento de grandes e prósperos setores urbanos criou uma demanda crescente por certos bens de consumo. A estabilidade da demanda e o crescimento do sistema financeiro levaram a uma constante extensão dos mercados.

Por isso, ao analisar a primazia da política nas primeiras formas do conhecimento criminológico, Massimo Pavarini esclarece que a transição da sociedade na qual reina o modelo de produção feudal para aquela em que domina o sistema de produção capitalista cobre um arco de tempo relativamente amplo, desde os séculos XVI até XVIII, especialmente nos países economicamente mais avançados, na qual assistimos o complexo fenômeno

econômico-social da acumulação originária e que determinará na transformação conhecida como revolução industrial⁴⁷⁵. Nestes séculos se rompeu com uma velha ordem sociopolítica (feudal) e se colocam – ao mesmo tempo – os fundamentos para uma nova ordem: o capitalismo. Por consequência, “este nuevo conocimiento, en sus orígenes, se desarrolla esencialmente como teoría política, como discurso acerca del buen gobierno, acerca de la riqueza de las naciones, sobre los modos de preservar la orden, la concordia, la felicidad pública. Es pues una reflexión impregnada de espíritu optimista”.⁴⁷⁶

O início do desaparecimento da reserva de mão-de-obra representou um duro golpe para os proprietários dos meios de produção. Os trabalhadores tinham o poder de exigir melhorias radicais em suas condições de trabalho. A acumulação de capital era necessária para a expansão do comércio e da manufatura, mas estava sendo obstaculizada pela resistência que as novas condições permitiam. Os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital. As classes dominantes usaram todos os meios para superar as condições do mercado de trabalho. Introduziram-se várias medidas rigorosas restringindo a liberdade individual⁴⁷⁷.

Os problemas acima relatados da força de trabalho e da pobreza sofreram uma completa mudança durante o século XVI. As condições de vida das classes subalternas se deterioraram, a mendicância como um dos males do século, as autoridades não tinham nenhum outro motivo para temer uma diminuição da força de trabalho, e que a população de mendigos e vagabundos havia sido aumentada por aqueles que procuravam e não encontravam trabalho. Ao mesmo tempo, a mudança na posição da igreja e o confisco de suas propriedades levou a uma completa desorganização do atendimento à pobreza.

Contudo, na elaboração deste complexo projeto para uma nova ordem surgem também novas formas de desobediência, de dissenso, de não-integração e, portanto, de violações das leis que a nova sociedade se vai configurando. Todos estes fatores desembocam em uma questão fundamental: como educar aos não-proprietários a aceitar como natural seu

⁴⁷⁵ PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 27.

⁴⁷⁶ Idem, p. 28.

⁴⁷⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 47.

próprio estado de proletários, como disciplinar estas massas para que não sejam potenciais violadores da propriedade privada e, ao mesmo tempo, como garantir que na sociedade civil se realizem as esferas de liberdade e autonomia que são as condições necessárias para a livre regulação do mercado, afinal

si la libertad adquirida, los derechos civiles, los nuevos espacios de autonomía fueron para la clase burguesa condiciones necesarias para su propia actividad comercial y industrial, para las amplias masas de campesinos y pequeños productores liberados de los vínculos feudales y expulsados de las tierras o en cualquier modo privados de sus medios de producción, estas mismas condiciones constituyeron el presupuesto para su transformación en fuerza de trabajo asalariada. Las nuevas leyes del mercado determinaron una minoría de propietarios de los medios de producción frente a la mayoría de no propietarios, o propietarios solamente de la fuerza de trabajo (proletariado). Ningún vínculo jurídico obligará ya a nadie a someterse a otro, únicamente la imperiosidad de satisfacer las propias necesidades vitales a pesar de estar privados de bienes obligará a las masas expropiadas a ceder contractualmente su propia capacidad laboral a la clase patronal a cambio de un salario. En las relaciones privadas reinará incuestionado el contrato, esquema jurídico que exalta la autonomía de las partes y es capaz de disciplinar las múltiples formas en que se entrelazan las relaciones entre sujetos libres y iguales. La explotación del hombre por el hombre no podrá encontrar así ninguna forma de reconocimiento en la teoría política, la sujeción de muchos a pocos será consecuencia casi natural de una realidad objetiva, la económica, donde reinan las leyes férreas del mercado y de la producción. La reflexión política-jurídica de la época deberá hacer las cuentas con esta realidad, en particular las sentidas preocupaciones de garantizar el orden y la paz sugieren la nueva estrategia del control y de la disciplina social.⁴⁷⁸

As novas leis do mercado determinaram, assim, que uma minoria de proprietários dos meios de produção frente a uma maioria de não-proprietários, ou proprietários somente de sua forma de trabalho (o proletariado).

A análise interpretativa que destaca as reduções entre a origem das instituições carcerárias, a difusão da pena consistente em deter o culpado e o modo de produção capitalista contribui de maneira determinante para a compreensão do fenômeno e desmentir definitivamente os mitos e os lugares comuns da imutabilidade do cárcere através dos séculos. É particularmente convincente a relação de interdependência entre as cambiantes condições do mercado de trabalho, o brusco descenso da curva de incremento demográfico, a introdução das máquinas e a passagem do sistema manufatureiro ao sistema de fábrica propriamente dito, por um lado, e a subida e sensível piora das condições de vida nos cárceres,

⁴⁷⁸ Idem, p. 29-30.

por outro, a partir da segunda metade do século XVIII na Inglaterra e nos outros países europeus que se industrializaram rapidamente.

Ao contrário da política do início do século XVI, cuja principal meta era a eliminação da mendicância, o novo programa tinha propósitos mais diretamente econômicos. Procurava impedir que os pobres recusassem a oferecer seu potencial de trabalho, preferindo mendigar a trabalhar por baixos salários, portanto, a adoção, em fins do século XVII, de um método mais humano de repressão à vadiagem, a instituição da casa de correção, constituía também uma nova mudança nas condições econômicas gerais.

A nova legislação para a mendicância expressava uma nova política econômica. Com a ajuda da máquina legislativa e administrativa, o Estado usou com novos propósitos o contingente de trabalhadores que estava a seu dispor.

É neste período, em efeito, quando o cárcere se deixa de praticar formas de trabalho produtivo e competitivo e começa a prevalecer um sistema intimidatório terrorista de gestão que se perpetua durante o século XIX.

A correlação entre os sistemas de organização carcerários e as exigências do desenvolvimento industrial e do controle do terrorismo do proletariado, tem fundamentos indiscutíveis e se baseia em situações de fato, tais como o notável desenvolvimento quantitativo das instituições carcerárias e as terríveis condições de vida nas prisões.

Nesta primeira fase, a segregação não se deve tanto a uma necessidade de destruição ou eliminação física, senão como utilização de mão-de-obra, ou quem sabe, inclusive, a necessidade de adestrar para o trabalho manufatureiro os ex-camposinos e submetê-los a novos mecanismos de produção.

As origens do internamento obrigatório na Inglaterra da segunda metade do século XVI onde se recolhiam ociosos, vadios, ladrões para obrigá-los a fazer trabalhos forçados sob uma rígida disciplina e a multiplicação, seguindo o modo que se experimentou no Castelo de Bridewell, de correções em numerosos lugares da Inglaterra, são respostas sobre a necessidade de enfrentar com instrumentos repressivos as grandes massas de ex-trabalhadores agrícolas e debandados que, como consequência da crise irreversível do

sistema feudal, se deslocaram rumo as cidades, sem que a nascente manufatura fosse capaz de absorve-los com a mesma rapidez com que eles abandonaram o campo.

A cidade, que já representava o desenvolvimento da atividade econômica, sobretudo do comércio, se transformou em um polo de atração importante, começando a ser povoado por grande número de estes trabalhadores expropriados do campo e convertidos em mendigos, vagabundos e, até em bandidos, mas sempre desocupados.

O sistema capitalista se infiltrou com todas as suas forças no campo e expulsou dele as primeiras tropas do futuro proletariado industrial das cidades, por isso

a medida que crece el fenómeno de proletarización, las medidas de terror van disminuyendo en eficacia y, por otro lado, el desarrollo económico, y en particular de la manufactura, absorbe cada vez más fuerza de trabajo procedente del campo (...) los azotes, es destierro y la ejecución fueron los principales instrumentos de la política social en Inglaterra hasta la mitad del siglo, en que los tiempos maduraron, evidentemente, para que surgiera una experiencia que se manifestó ejemplar. A petición de algunos elementos del clero inglés, alarmados por las proporciones que la mendicidad había alcanzado en Londres, el rey les permitió usar el castillo de Bridewell para recoger allí a los vagabundos, los ociosos, los ladrones y los autores de delitos menores. La finalidad de la institución, conducida con férrea mano, era la reforma de los internados por medio del trabajo y de la disciplina. Además, estaba concebida para determinar a otros del vagabundeo y de la ociosidad, así como para asegurar, de modo no secundario, su propio mantenimiento. El trabajo que allí se hacía era del ramo textil, como lo exigía la época. El experimento se debe haber visto coronado por el éxito si, en poco tiempo, houses of correction, que se llamaban indistintamente Bridewells, surgieron en varias partes de Inglaterra.⁴⁷⁹

Assim, as “houses of correction” ou “Bridewells” que devem seu nome ao Castelo de Bridewell que o rei permitiu utilizar, a petição do clero inglês, para dar abrigo aos mendigos, vagabundos, ladrões e autores de delitos menores, perseguindo-se com seu internamento a reforma por meio do trabalho forçado e da disciplina. Estas casas de correção se popularizaram a partir da “Poor Law” ditada pela Rainha Isabel que organizou um sistema de subsídio (“Relief”) que tinha como base a paróquia e segundo a qual, mediante um imposto, os habitantes da mesma deviam manter aos “impotent poor” que viviam nesta localidade, mas aos vagabundos se devia dar trabalho, o que se organizou através das casas de correção nas que também eram internados aqueles que se negavam a trabalhar, salvo os que se obstinavam em sua negativa, que eram enviados pelo juiz para a “commom gaol”, o cárcere

⁴⁷⁹ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Tradução de Xavier Massimi. Bogotá: Siglo Veintiuno editores, 1980, p. 31-32.

comum. Por este fator, concluem Melossi e Pavarini, “este tipo de instituciones fue el primero y muy significativo ejemplo de detención laica sin fines de custodia que se puede observar en la historia de la cárcel, y que sus propias características, en lo que respecta a las clases para quienes se instituyó, su función social y la organización interna son ya grosso modo las mismas que las del clásico modelo carcelario del siglo XIX”.⁴⁸⁰

Zaffaroni lembra que o século XVII inglês provocou um incremento dos produtores agrícolas e um excedente da população rural, que se reuniu nos centros urbanos. Isto foi “resultado de una racionalización de la producción rural, mediante la reducción de la forma de producción agrícola a campo abierto, en virtud de las leyes de enclosures o de cercados, que obligaban a los propietarios rurales a cercar sus predios, lo que permitió que hiciesen solamente quienes dispusieron de suficiente capital para ello”.⁴⁸¹ Como consequência, o aumento da população demandava maiores alimentos e a forma de exploração rural tradicional já não podia suportar tal exigência, por isso foram sancionados os Enclosure Acts a partir de 1727 para impulsionar novas técnicas de produção (inovações tecnológicas em matéria de transporte e de indústria). Logicamente que as cidades dos países que se industrializaram foram concentrando grande grupos humanos, desalojados do campo, em condições miseráveis e sem que pudessem ser incorporados pela indústria porque a acumulação do capital produtivo era incipiente.

O resultado foi que a oferta de mão-de-obra era enorme e o capital pagava o mínimo possível, dando início a uma época do capitalismo competitivo, selvagem, liberal, no qual era necessário acumular capital produtivo para seguir aumentando a produção, como forma de obter superioridade bélica e hegemonia da nação. Mas, “los trabajadores ya no estaban protegidos por el régimen penal, no eran siervos que tenían garantizados deberes de protección del señor feudal, sino que habían quedados libres para poder competir”.⁴⁸²

É indiscutível, como adverte Zaffaroni, que houve distintos momentos no controle social europeu entre o século XVIII e a segunda metade do século XIX, mas o certo é que – a par das diferenças nacionais dadas pelo distinto grau de acumulação do capital produtivo – se

⁴⁸⁰ Idem, p. 34-35.

⁴⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 2003, p. 102.

⁴⁸² Idem, p. 102.

pode afirmar a ocorrência de uma grande quantidade de pessoas aos centros urbanos com escassa ou nula capacidade produtiva industrial e uma paralela acumulação bastante incipiente, que podia absorver muita pouco mão-de-obra, o que demandou um controle bastante terrorista para evitar que a concentração da miséria se voltasse contra a escassa riqueza. Neste momento “sigue un proceso de disciplinamiento de la población urbana nueva, para generar una mayor capacidad productiva – entrenamiento laboral – que va acompañada de una creciente acumulación que provoca una mayor incorporación de sectores marginados al sistema de producción industrial”.⁴⁸³ Inclusive, como a acumulação do capital não permitia a incorporação de muitos marginados, se fomentou a emigração. O certo é que o controle social do século XVIII obedece a uma contenção terrorista em um primeiro momento e uma tendência disciplinaria posterior, mas isto não foi parelho e, toda a Europa, senão que se desenvolveu conforme as exigências da acumulação em cada país.

Anitua esclarece que a nova classe social que se faz dominante (burguesia) pretende que nem a nobreza nem os setores pobres possam impor as regras do capitalismo expansivo que a sustenta, mas, de outro lado, também deve impedir que o poder soberano atente contra essas regras. As preocupações da burguesia a levam a limitar a esfera de autoridade, circunscrevendo-a entre limites precisos, unicamente como salvaguarda das regras mínimas do viver social que podem garantir o livre jogo do mercado⁴⁸⁴.

Apesar da Inglaterra servir de “modelo” para descrever a evolução do cárcere como pena em razão de sua posição de vanguarda na acumulação capitalista, por sua vez na Holanda, que era a nação capitalista modelo do século XVII, a utilização do trabalho forçado, através dessa forma nova de segregação punitiva que foram as casas de trabalho, nascidas quase ao par das Bridewells, teve como objetivo último a aprendizagem da disciplina capitalista de produção. O exemplo de Holanda foi estudado e seguido em toda a Europa, particularmente nos países de língua alemã. A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (poorhouse), oficinas de trabalho (workhouse) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de

⁴⁸³ Idem, p. 104.

⁴⁸⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 17.

trabalho dos indesejáveis, tornando-os socialmente úteis. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiriram hábitos industriais e, ao mesmo tempo, recebiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente. O segmento visado era constituído por mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões.

Todos os esforços foram feitos para aproveitar a reserva de mão-de-obra disponível, não apenas para absorvê-la às atividades econômicas, mas, sobretudo, para ressocializá-la de uma tal forma que futuramente ela entraria no mercado de trabalho espontaneamente. A primeira forma de prisão estava, então, estreitamente ligada às casas de correção manufatureiras. Uma vez que o objetivo principal não era a recuperação dos reclusos, mas a exploração racional da força de trabalho, a maneira de recrutar internos não era o problema central para a administração⁴⁸⁵.

O grande desenvolvimento mercantil que se produziu no final dos séculos XVI e início do XVII, que redundou em um incremento da oferta de trabalho, a diminuição demográfica que viveu a Europa, unido a massa de ex-camponeses e ex-artesãos arrancados de seu meio de vida natural e obrigados a ser trabalhadores manufatureiros, tudo isso incidiu diretamente em uma situação econômica na qual o capital, que necessitava valorizar-se, utilizou todas as suas armas contra um mercado de trabalho que devia estar submetido para poder ser introduzido no processo produtivo sem possibilidades de plantear oposição ou resistência alguma, que naquela época se manifestavam na revolta, no aumento da agressividade do delito. Melossi e Pavarini afirmam que o modelo da *workhouse*, na Holanda da primeira metade do século XVII, atinge a forma mais desenvolvida das instituições funcionais ao capitalismo, já que a criação dessa nova e original forma de segregação punitiva “responde más a una exigencia relacionada al desarrollo general de la sociedad capitalista que a la genialidad individual de algún reformado – como con frecuencia trataría de convencernos una cierta historia jurídica entendida como historia de las ideas o historia del espíritu – se evidencia en el hecho de que parece segura una influencia directa entre las experiencias

⁴⁸⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 99.

inglesas anteriores (bridewells)".⁴⁸⁶ A necessidade de disciplinar as massas rurais desalojadas à cidade, de treiná-las e submetê-las a dura disciplina fabril, em um mundo austero e no qual o trabalho é regulado por outros homens foi o vetor determinante para a criação ideológica da realidade em matéria de controle social punitivo que redundou os contornos da prisão-pena.

De qualquer forma, apesar das diferentes miradas que possam aparecer neste debate, o certo é que não se pode negar que o surgimento da prisão foi um produto da revolução industrial e que sem o capitalismo o cárcere não teria existido enquanto pena.

Por isso, Alessandro Baratta avalia que as funções do cárcere na produção e no controle da classe operária, e na criação do universo disciplinar de que a moderna sociedade industrial tem necessidade, são elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, a uma economia política da pena, uma vez que sob o viés institucional, o sistema capitalista pressupõe uma maior exigência de disciplina e de repressão, com a finalidade primordial de conter a incontrolável tensão das massas marginalizadas⁴⁸⁷.

4.1.4 Todo fenômeno social é volátil: culturalmente falando, não há entidades estáticas, a não ser processos e tendências

É evidente que nossa revisão materialista do cárcere não desconsidera que a prisão – assim como todo fenômeno social – é um elemento historicamente volátil, se adaptando, em especial, às mutações do sistema capitalista. Assim, as teses Evgeny Pashukanis, Georg Rusche/Otto Kirchheimer, e Dario Melossi/Massimo Pavarini, apesar de não levarem em conta o elemento disciplina⁴⁸⁸, são essenciais para compreender a função do cárcere na sua fase inicial, que coincide com o surgimento da sociedade capitalista.

Tais contribuições são essenciais para a reconstrução científica da história do cárcere e da sua reforma no seio do capitalismo. No entanto, nos adverte Baratta, os autores estão conscientes de que nos países capitalistas mais avançados, na fase final de

⁴⁸⁶ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Tradução de Xavier Massimi. Bogotá: Siglo Veintiuno editores, 1980, p. 30.

⁴⁸⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 193.

⁴⁸⁸ Ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 13.

desenvolvimento por eles descrito (a Europa dos anos 30 e a Europa dos anos 70), o cárcere não tem mais aquela função real de reeducação e de disciplina que possuía em sua origem⁴⁸⁹.

Esta função educativa e disciplinar se reduz, portanto, agora, à pura ideologia. Mas a epistemologia marxista da questão criminal suscita – ainda hoje – não só para um mais preciso conhecimento da história das instituições carcerárias, desde sua origem, mas também para conhecimento das razões profundas da presente crise destas instituições.

Assim, “para avaliar a verdadeira natureza dos interesses em jogo e as estratégias subjacentes à atual política de ordem pública, é necessário levar em conta um elemento estrutural característico da fase atual do desenvolvimento do sistema tardio-capitalista”⁴⁹⁰.

De fato, nos Estados capitalistas a função real e latente do poder punitivo (mais evidenciado pela função da punição) foi a manter e gerir a ordem econômica e social dominante. Para Richard Quinney o método punitivo no seio do sistema capitalista consolidou a utilização do direito penal como instrumento coercitivo do Estado, usado pelo Estado e sua classe dominante para manter a ordem social e econômica existente, afinal

o direito criminal é usado pelo Estado e pela classe dominante para assegurar a sobrevivência do sistema capitalista. E como o sistema capitalista é, posteriormente, ameaçado por suas próprias contradições, o direito criminal é, crescentemente, usado na tentativa de manter a ordem doméstica. A classe inferior, a classe que deve permanecer oprimida para o triunfo da classe econômica dominante, continuará a ser objeto do direito criminal enquanto a classe dominante procurar perpetuar a si mesma. Remover a opressão, eliminar a necessidade de uma revolta posterior, significaria, necessariamente, o fim da classe dominante e de sua economia capitalista.⁴⁹¹

Como vimos anteriormente (item 1.3), o processo de globalização, em especial no âmbito econômico, estabeleceu uma nova fase do exercício do poder e alçou o capitalismo a novos patamares no curso da história. A magnitude da investida neoliberal, nos lembra Thiago Fabres de Carvalho⁴⁹², coincidindo com a violenta crise dos regimes de bem-estar social europeus no pós- II Guerra Mundial, fomenta uma avalanche legislativa no âmbito repressivo, operando a decomposição da promoção das três gerações de direitos humanos e liberando

⁴⁸⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 193.

⁴⁹⁰ Idem, p. 195.

⁴⁹¹ QUINNEY, Richard, *O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*, In: Taylor, Walton, Young (orgs.), *Criminologia Crítica*, Rio de Janeiro, Graal, 1980, p. 236.

⁴⁹² <http://culturadocontrole.blogspot.com.br/2010/04/sistema-penal-e-globalizacao.html>. Acesso em 27/07/2016.

uma insaciável volúpia punitiva. Em realidade, a hegemonia ideológica do neoliberalismo promoveu, enquanto corolário lógico de sua perversa dimensão econômica, o neoconservadorismo como sua indefectível expressão política. Destruindo, como já amplamente afirmado, as bases regulatórias do Estado, este modelo acentua o déficit social não só nas injustas e cambiantes democracias do capitalismo tardio, estendendo também seus estragos aos estáveis modelos democráticos dos países centrais.

Neste contexto, segue Fabres, verifica-se a afirmação crescente de situações extremas, pelo nítido aumento do fosso que mantém em conjunto convívio dois modelos de sociedades contraditórios e irreconciliáveis. De um lado, o da opulência econômica dos setores dominantes gerenciadores do capitalismo internacional e da burguesia periférica integrada a ele, e, de outro, o da miséria social. Tal quadro, irrompendo uma grandiosa crise das relações de produção e sociabilidade, fulmina a possibilidade da consolidação dos Estados democráticos. A reafirmação de seus valores de “igualdade, liberdade e solidariedade como âmbitos naturais da justiça e como instâncias estratégicas de (re)distribuição de ingressos e recursos, são violentamente sacrificados e desmantelados”.⁴⁹³

Assim, a contenção do aumento da complexidade da luta de classes, gerada pela extensão desmesurada dos dogmas sacralizados da ideologia do mercado-total, dá-se exclusivamente no âmbito do sistema repressivo. Inegavelmente, os níveis chocantes de pobreza e marginalização presentes nas sociedades atuais, tanto no centro como na periferia do planeta, impõem o fortalecimento do controle dos segmentos que possivelmente possam subverter a racionalidade ultraliberal (neoliberal) do mercado, na medida em que a destruição do trabalho assalariado pelo “horror econômico” tende a gerar o aumento acelerado da violência, da criminalidade, da anomia e da desagregação social.

Nesta conjuntura, conclui Thiago Fabres, a hipertrofia do sistema penal obedece aos fundamentos da própria lógica econômica atual, direcionando suas baterias punitivas à neutralização das “classes perigosas”. Isto ocorre justamente porque a violência revela-se

⁴⁹³ Idem, p. 02.

uma poderosa força produtiva, posto que assegura e reproduz as práticas e instituições necessárias ao desenvolvimento da economia e da exploração capitalistas⁴⁹⁴.

Neste sentido, esclarece Octávio Ianni:

mais uma vez está em causa a forma como se processam a realização, a organização, o funcionamento, e o desenvolvimento da propriedade privada, na sociedade burguesa, capitalista. Em princípio todos são proprietários, tanto os proprietários do capital como os da força de trabalho: empresários e assalariados. Entre os que vendem força de trabalho, no entanto, são muitos os que não encontram compradores; condenam-se à inação; são condenados em muitos casos à inação (...) é que a violência institucionalizada, traduzida em mecanismos de oferta e demanda no mercado, disciplina rigorosa, praticamente militar, nos locais de trabalho, vigilância policial contínua sobre o desempregado, brutalidade policial relativa ao trabalhador negro, nativo, branco, árabe, asiático ou outro, conforme o país – nesse sentido é que a violência revela-se uma poderosa força produtiva. Sim, ao lado do capital, tecnologia, força de trabalho, divisão do trabalho social, mercado e planejamento, a violência institucionalizada, o Estado como violência organizada e concentrada da sociedade, revela-se poderosa força produtiva.⁴⁹⁵

É neste mais vasto contexto estrutural que se deve examinar a transformação atual (leia-se volatilidade) e a crise da instituição carcerária.

4.2 Posições: lugar ocupado pelas pessoas encarceradas no Brasil

Na segunda parte do presente capítulo utilizaremos o elemento “posições” do diamante ético (semântica dos direitos humanos) para buscar compreender a situação social das pessoas encarceradas no Brasil e verificar as formas de satisfação das necessidades humanas de tal grupo, sob a perspectiva materialista e relacional dos direitos humanos.

Herrera Flores nos ensina que as pessoas e grupos terão uma visão diferente dos direitos humanos em função de suas posições, entendida como “o lugar material que ocupamos nos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humanos”⁴⁹⁶.

Tal posição – que pode ser subordinada ou privilegiada por tais processos de divisão do fazer humano – determinará a forma a partir da qual acessamos aos bens necessários para viver com dignidade. A “posição” não estará, pois, determinada unicamente pelo que podemos denominar ‘capital econômico’, ou seja, a quantidade de dinheiro que

⁴⁹⁴ Idem, p. 04.

⁴⁹⁵ IANNI, Octávio. *Capitalismo, Violência e Terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 201-202.

⁴⁹⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 130.

podemos utilizar para o consumo ou para o investimento financeiro. A esse capital, devemos adicionar as ‘capacidades sociais’ ou a soma de relações que alguém pode possuir em seu âmbito pessoal ou no lugar onde realiza seu trabalho, bem como as ‘capacidades culturais/simbólicas’, ou, em outras palavras, a formação que alguém adquiriu em toda sua etapa de aprendizagem e que permite interconectar o trabalho produtivo com os conhecimentos acumulados e a sempre crescente capacidade de criatividade cultural.

Tudo para, ao final, comprovarmos com isso que a “posição” ocupada hoje pelas pessoas encarceradas no Brasil continua subordinada aos interesses do mercado, agora, global. Que o cárcere segue sendo, ainda hoje, fiel escudeiro do sistema capitalista.

O elemento “posição” nos ajuda a reforçar que as “narrações” (item 3.1) sobre os centros de sentidos do castigo (teorias positivas da pena criminal) foram forjadas no campo jurídico à margem da realidade social, sendo discursos falsos porque suas funções (declaradas) não podem ser verificadas no contexto do tecido social. Tudo isso indica que o conceito de pena útil ao direito penal não pode ser obtido de modo positivo, ou seja, a partir de suas funções reais – que são desconhecidas e plurifuncionais –, senão que a incorporação desses dados ao campo jurídico penal nos impõe a necessidade de construir outros discursos.

4.3 Depen: contexto atual da situação carcerária

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)⁴⁹⁷, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão ligado ao Ministério da Justiça do Brasil, com seus últimos dados atualizados até junho de 2014⁴⁹⁸, revela que o contexto atual da situação carcerária se constitui em uma das questões mais complexas da sociedade brasileira e um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo sistema de justiça penal, pela política criminal e pela política de segurança pública.

O equacionamento de seus problemas exige, necessariamente, o envolvimento dos três Poderes da República, em todos os níveis da Federação, além de se relacionar

⁴⁹⁷ O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional.

⁴⁹⁸ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27/07/2016.

diretamente com o que a sociedade espera do Estado como ator de pacificação social, devendo os operadores jurídicos, os gestores públicos e os legisladores intensificar “seus esforços na busca conjunta de soluções e estratégias inteligentes, e não reducionistas, aptas a nos conduzir à construção de horizontes mais alentadores”.⁴⁹⁹

Ademais, as conclusões do DEPEN indicam que os problemas no sistema penitenciário nacional devem nos conduzir a profundas reflexões, sobretudo em uma conjuntura em que o perfil das pessoas presas é, como veremos adiante, majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda.

Em razão da realidade verificada a partir do Infopen/2014, o Departamento Penitenciário Nacional traçou uma política nacional objetivando a melhoria dos serviços penais baseada em quatro eixos distintos: (i) alternativas penais e gestão de problemas relacionados ao hiperencarceramento; (ii) apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário; (iii) humanização das condições carcerárias e integração social; e (iv) modernização do sistema penitenciário nacional.

Em relação ao primeiro eixo, o DEPEN aponta que a necessária busca por alternativas penais tão ou mais eficazes ao encarceramento é “um desafio de alta complexidade que depende de estreita articulação com os órgãos do sistema de justiça criminal”.⁵⁰⁰ O órgão chama a atenção, ainda, aos interessantes resultados da implantação das audiências de custódia que consistem na garantia da rápida apresentação da pessoa presa a um juiz nos casos de prisão em flagrante⁵⁰¹. No tocante ao segundo eixo, busca-se “a qualificação dos estabelecimentos penais, com a redução do déficit de vagas, adequação arquitetônica e aparelhamento, sendo preciso repensar a macrogestão das políticas e a microgestão do cotidiano das unidades prisionais”.⁵⁰² O terceiro eixo depende da promoção de um modelo intersetorial de políticas públicas de saúde, de educação, de trabalho, de cultura, de esporte, de assistência social e de acesso à justiça, afinal, segundo o próprio

⁴⁹⁹ Idem, p. 06.

⁵⁰⁰ Idem, p. 06.

⁵⁰¹ Na audiência, são ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado da pessoa presa. Além de analisar a legalidade e necessidade da prisão, o juiz pode verificar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos.

⁵⁰² <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopennesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27/07/2016, p. 06.

DEPEN, "se sabe que é inadequado o modelo de instituição total, que desafia unicamente o gestor prisional a improvisar arranjos de serviços para o ambiente intramuros, de forma frágil e desconectada às políticas sociais do Estado".⁵⁰³ Por fim, o último eixo gira no sentido de que a modernização do sistema penitenciário deve ocorrer pelo aumento de investimento em tecnologia para aprimorar procedimentos e garantir a segurança, e pelo aprimoramento da gestão de informações, para coletar e tratar dados que permitam o monitoramento integrado pelos órgãos de fiscalização das condições carcerárias de estabelecimentos críticos, o planejamento da gestão dos serviços penais e até mesmo o adequado acompanhamento da execução da pena de cada pessoa privada de liberdade.

O diagnóstico realizado e divulgado no Infopen nos permite uma análise da realidade do sistema penitenciário brasileiro e, em específico, de nossa categoria das "posições" para visibilizar a posição desigual de poder material em que os "encarcerados" estão situados para ascender aos bens indispensáveis à dignidade humana, constituindo-se em excelente ferramenta para a leitura e problematização do nosso objeto de pesquisa.

4.3.1 Dados gerais sobre pessoas privadas de liberdade no Brasil

Os dados abaixo apresentam um panorama geral da população prisional brasileira, referente à 30 de junho de 2014, sendo contabilizado tão-somente no cálculo da população as pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, sendo desconsiderada a quantia de pessoas em prisão domiciliar⁵⁰⁴.

BRASIL - 2014	
População prisional	607.731
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

⁵⁰³ Idem, p. 06.

⁵⁰⁴ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, havia cerca de 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Se somarmos esse valor à população prisional brasileira contabilizada pelo Infopen, constata-se que há 775.668 pessoas privadas de liberdade no Brasil. O dado do CNJ está disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 26 de julho de 2016.

Os indicadores do primeiro semestre de 2014 mostram que o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca dos seiscentos mil. Atualmente, existem cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país.

O número de presos é consideravelmente superior às quase 377 mil vagas do sistema penitenciário, totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Em outras palavras, em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados.

Contextualizando os números do sistema prisional brasileiro com os outros países do mundo, em especial o ranking dos vinte países com maior população prisional, temos que, em números absolutos e relativos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia.

De forma idêntica, o Brasil possui a quinta maior taxa de presos sem condenação (presos provisórios), aproximadamente quatro entre dez (41%) pessoas estavam presas sem ainda terem julgamento. Conforme os números do Infopen/2014 o sistema penitenciário, em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população de presos provisórios, com 222.190 pessoas. Os Estados Unidos (480.000) são o país com o maior número de presos sem condenação, seguidos da Índia (255.000) e da China (250.000)⁵⁰⁵.

Outro fator preocupante é a variação da taxa de aprisionamento do Brasil entre os anos de 2008 a 2013 nos quatro países com maior população prisional do mundo. Observando o gráfico abaixo⁵⁰⁶ percebe-se que tal variação apresenta tendência contrária aos demais países, uma vez que, desde 2008, os Estados Unidos, a China e a Rússia estão reduzindo seu ritmo de encarceramento. Os dados do Infopen revelam que entre 2008 e 2013, os Estados Unidos reduziram a taxa de pessoas presas de 755 para 698 presos para cada cem mil habitantes, uma redução de 8%. A China, por sua vez, reduziu, no mesmo período, de 131 para 119 a taxa (-9%). O caso russo é o que mais se destaca: o país reduziu em, aproximadamente, um quarto (-24%) a taxa de pessoas presas para cada cem mil habitantes.

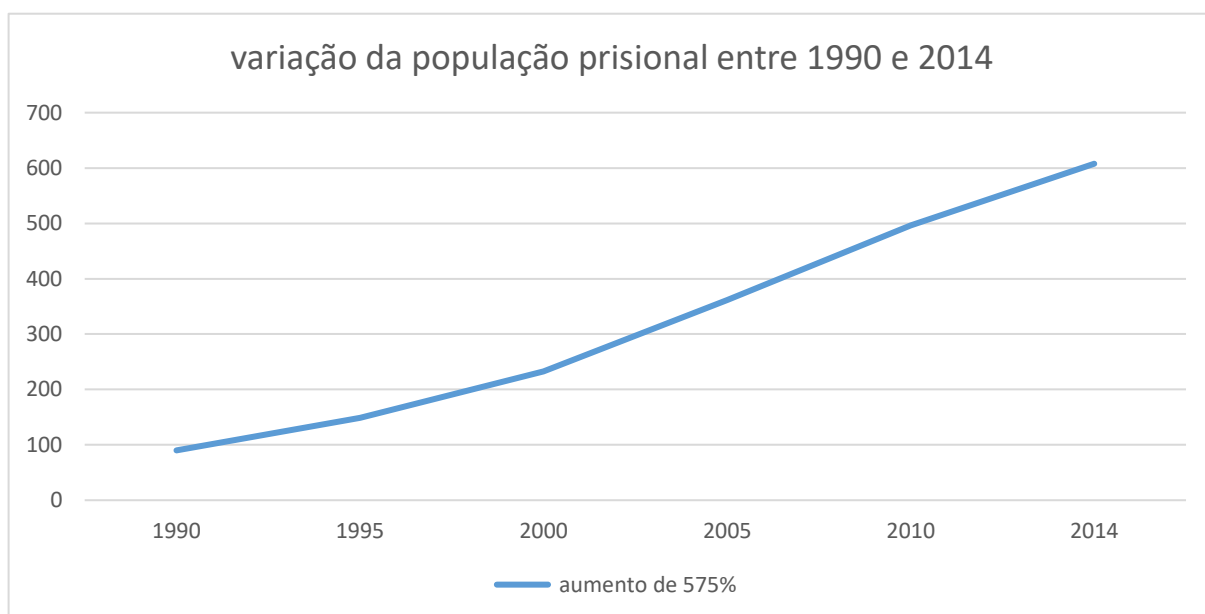
⁵⁰⁵ Idem, p. 13.

⁵⁰⁶ Idem, p. 14.

Mantida essa tendência, pode-se projetar que a população privada de liberdade do Brasil ultrapassará a da Rússia no ano de 2018.

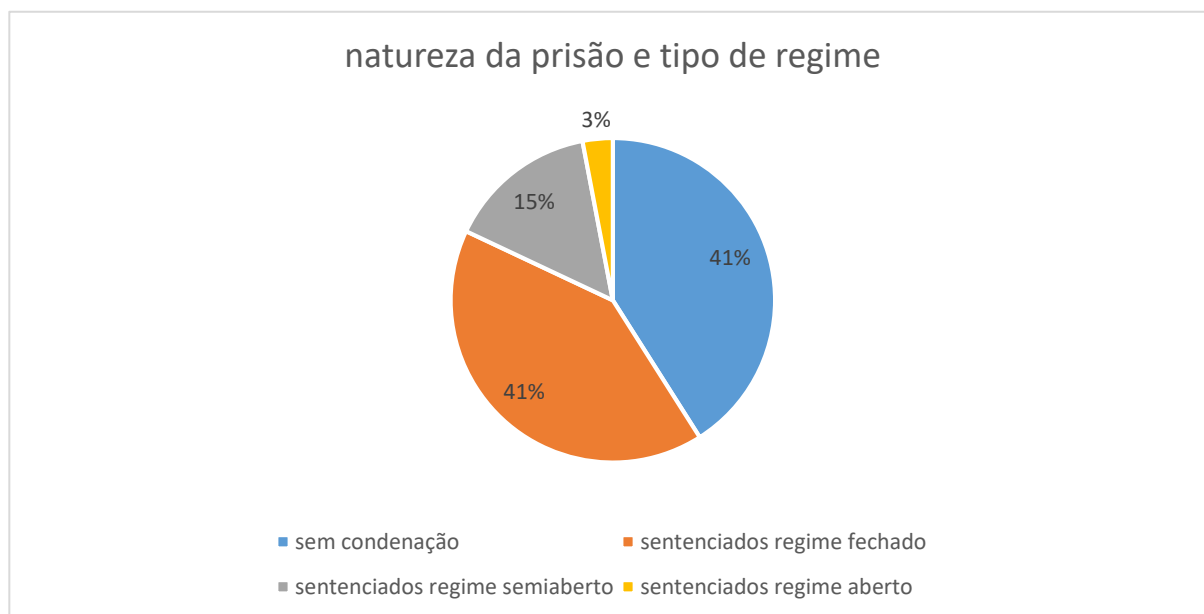


A evolução da população prisional brasileira é assustadora. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano⁵⁰⁷.



⁵⁰⁷ Idem, p. 15.

Especificamente a quantidade de pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime⁵⁰⁸ temos cerca de 41% dos presos estão sem condenação, a mesma proporção de pessoas em regime fechado. Apenas 3% das pessoas estão em regime aberto e 15% em semiaberto. Para cada um preso no regime aberto, há cerca de 14 pessoas no regime fechado. Para cada pessoa do regime semiaberto, há aproximadamente três no fechado.



O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, para além da gravidade do elevado índice de presos sem condenação, aferiu o tempo médio que as pessoas privadas de liberdade sem condenação ficam recolhidas. Segundo os dados, cerca de 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de noventa dias aguardando julgamento⁵⁰⁹.

4.3.2 Perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil

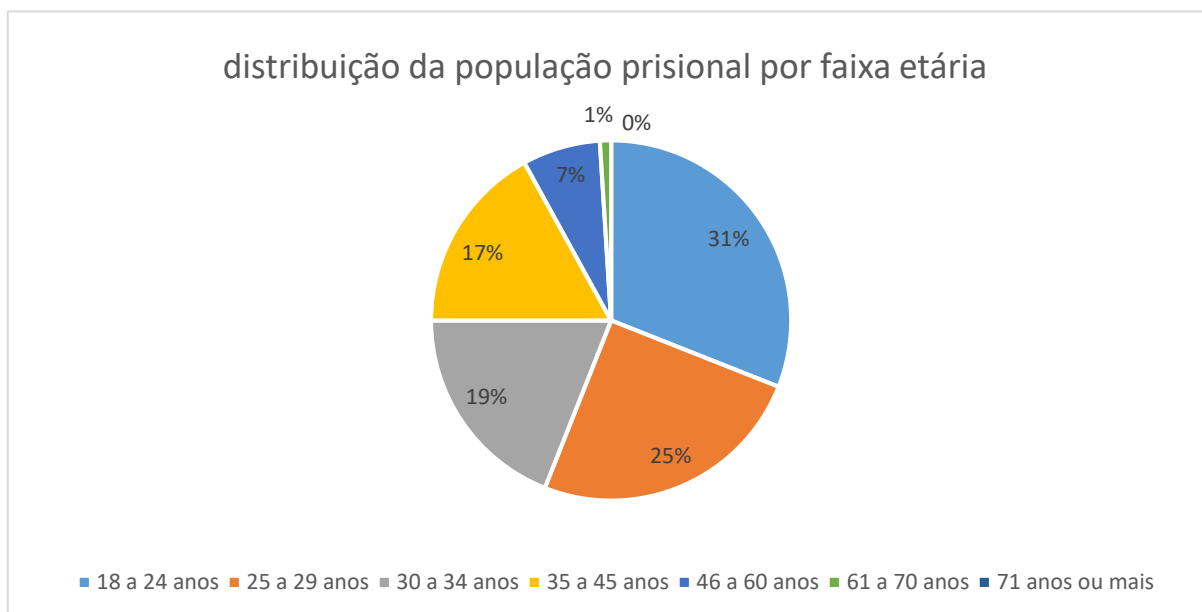
O Infopen/2014 em seu levantamento também trouxe o registro das informações sobre o perfil das pessoas privadas de liberdade nos estabelecimentos penais. No tocante à faixa etária das pessoas presas, do total das instituições que informaram tal indicador⁵¹⁰, os números mostram que a maior parte da população prisional é formada por jovens, “comparando o perfil etário da população prisional com o perfil da população brasileira em geral, observa-se que a proporção de jovens é maior no sistema prisional que na população

⁵⁰⁸ Idem, p. 20.

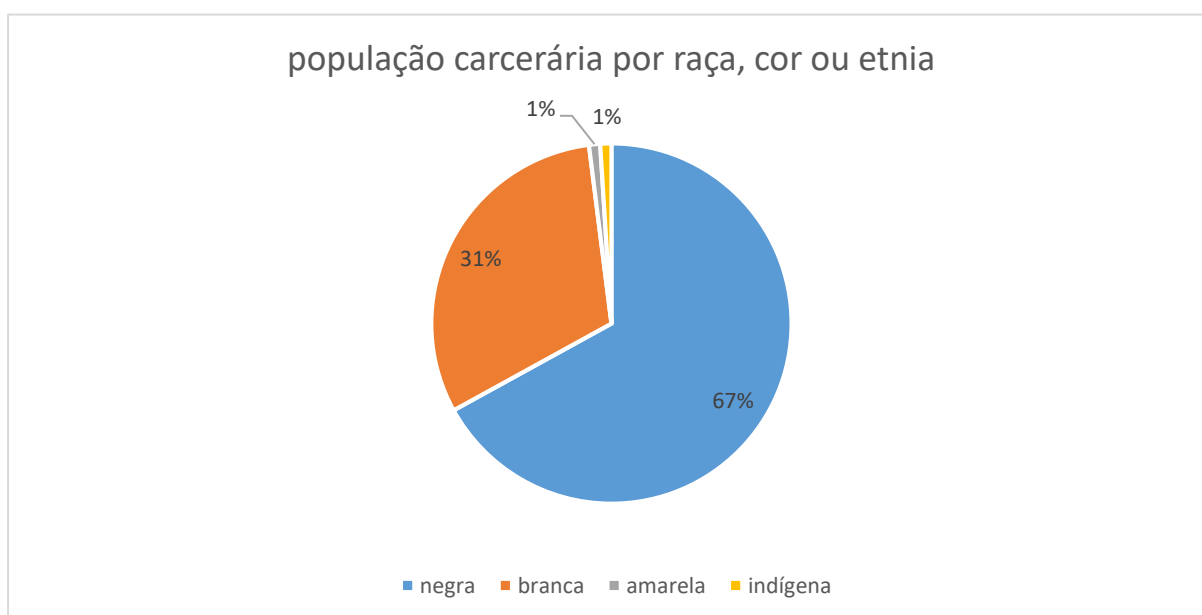
⁵⁰⁹ Idem, p. 22.

⁵¹⁰ Segundo o Depen foi possível obter informações de cerca de 70% da população prisional do Brasil. (p.48).

em geral. Ao passo que 56% da população prisional é composta por jovens, essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país”.⁵¹¹



Em relação à raça, cor ou etnia, a informação foi disponibilizada representa cerca de 45% da população prisional⁵¹², tem-se que dois em cada três presos são negros, “ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%). Essa tendência é observada tanto na população prisional masculina quanto na feminina”.⁵¹³

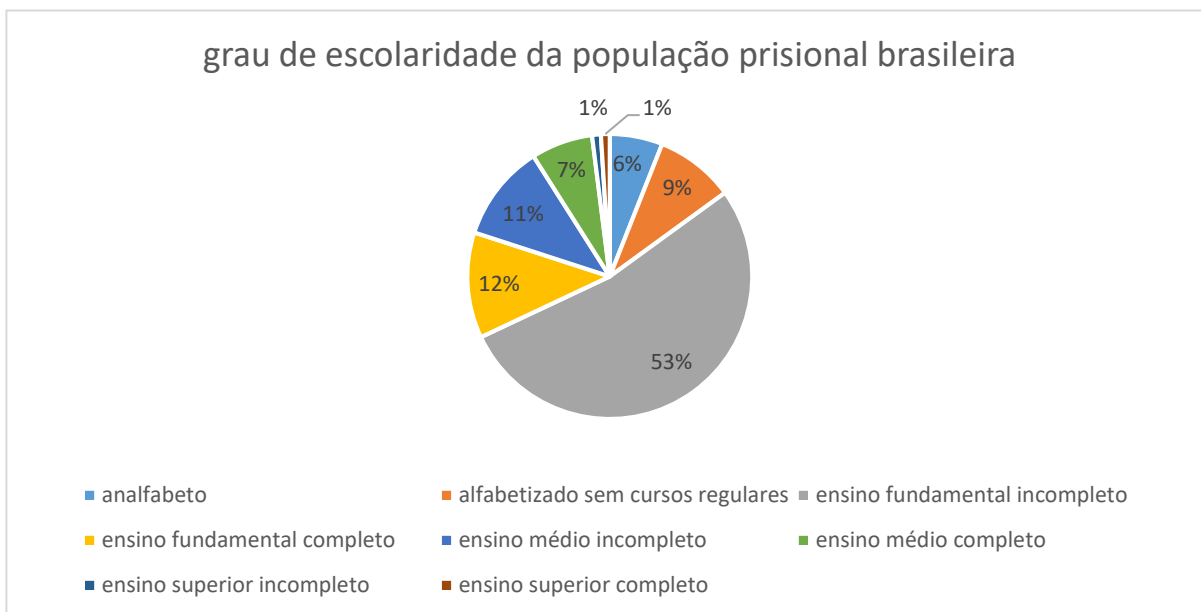


⁵¹¹ Idem, p. 48.

⁵¹² Ver página 49.

⁵¹³ Idem, p. 50.

O indicador escolaridade demonstra que o grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo, sendo que “aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%”.⁵¹⁴ Ao passo que na população brasileira cerca de 32% da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu.



Outro dado fundamental para confirmação de nossa hipótese diz respeito ao número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento. A figura abaixo⁵¹⁵ mostra os registros da maioria das ações penais pelas quais respondem as pessoas presas no Brasil. O DEPEN alerta, contudo, que o Infopen/2014 registra que “há pessoas que estão sendo processadas ou já foram condenadas por mais de um crime. Desse modo, não se pode fazer um paralelo entre essa distribuição percentual por crimes e os quantitativos de pessoas presas”.⁵¹⁶

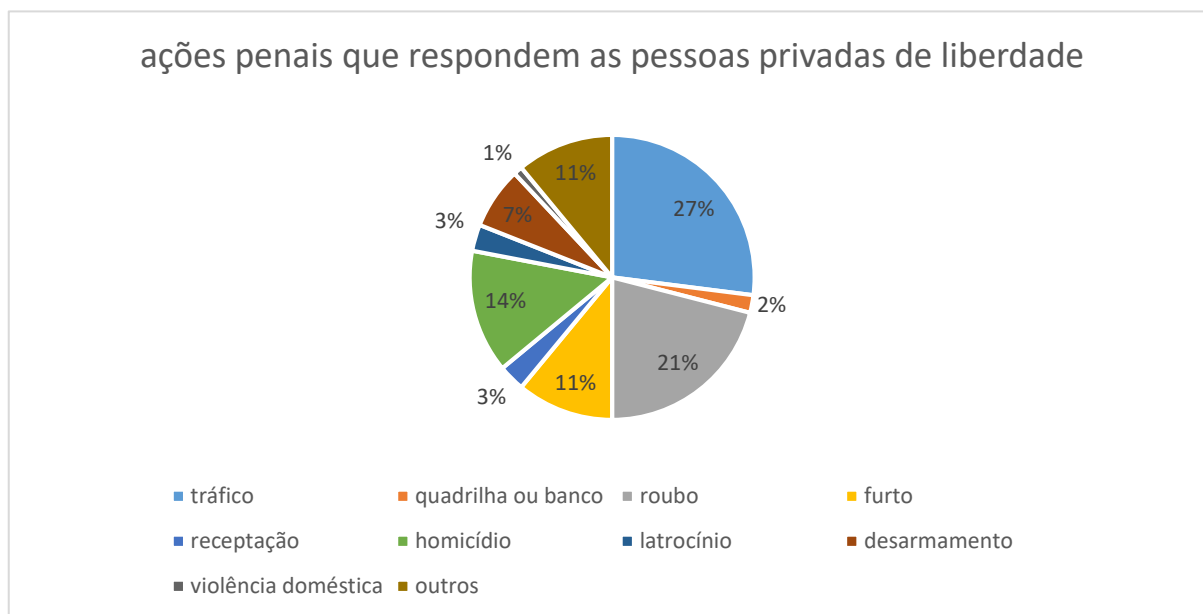
Percebe-se que quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio e o tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por 27%

⁵¹⁴ Idem, p. 58.

⁵¹⁵ Idem, p. 69.

⁵¹⁶ Idem, p. 69.

dos crimes informados. Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%.



Os índices gerais de saúde e incidência de doenças é igualmente alarmante.

Segundo o levantamento Infopen foram identificadas 2.864 pessoas portadoras do vírus HIV. Esse total representa 1,21% do total de presos nas unidades que informaram o dado, o que equivale a uma taxa de incidência de 1215,5 pessoas soropositivas para cada cem mil presos, proporção sessenta vezes maior que a taxa da população brasileira total, de 20,4.

A taxa de pessoas presas com tuberculose é de 940,9, ao passo que na população total é de 24,4, frequência 38 vezes menor. Já a taxa de mortes intencionais é de 8,4 mortes para cada dez mil presos em um semestre, “o que corresponderia a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em um ano. Esse valor é mais do que seis vezes maior do que a taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil em 2013”.⁵¹⁷

4.4 Bipolaridade do STF: estado de coisas inconstitucional

No dia 9 de setembro de 2015, um pouco mais de cinco meses antes da decisão plenária que autorizou a execução provisória da pena⁵¹⁸, o Supremo Tribunal Federal, por

⁵¹⁷ Idem, p. 115.

⁵¹⁸ A decisão é de 17 de fevereiro de 2016.

unanimidade, em sessão plenária, ao julgar Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵¹⁹ número 347, reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro é caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. O Acórdão, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, ficou assim ementado:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.⁵²⁰

Trata-se de ação judicial, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), objetivando seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário nacional em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos por ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Em resumo, alega o PSOL que a superlotação e as condições do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal em razão da ofensa de diversos preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança das pessoas presas⁵²¹.

A ação objetiva o reconhecimento de que o sistema prisional brasileiro configura o que se convencionou chamar de "estado de coisas inconstitucional", expressão também encampada pela Corte Constitucional Colombiana. E esse estado de coisas inconstitucional resultaria da violação massiva de direitos fundamentais dos detentos, que se diz provocada por ações e omissões dos poderes públicos, na órbita federal/estadual, e objetivando ainda a ação a adoção de providências de ordem diversa, providências essas distribuídas em oito

⁵¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, se volta contra atos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça a preceitos fundamentais da Constituição. Para o seu cabimento, é necessário que (1) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (2) causada por ato dos Poderes Públicos, e (3) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça.

⁵²⁰ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso: 27/07/2016.

⁵²¹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso: 27/07/2016.

pedidos cautelares. E esses pedidos, em sede cautelar, é que estão sendo objeto de exame no momento e de mais dez pedidos para serem apreciados afinal.

O pedido inicial do PSOL destaca o “inferno” do sistema prisional brasileiro:

as prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.⁵²²

Destaca, ainda, que tal quadro é amplamente conhecido pelas autoridades públicas e pela sociedade, uma vez que, já em 2008, a Câmara dos Deputados, na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, reconheceu em seu relatório final que “apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas”.⁵²³

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça⁵²⁴ (CNJ), desde 2008, realiza mutirões carcerários em presídios de todas as unidades da federação e divulga os respectivos relatórios, que oferecem um diagnóstico claro da dramática situação prisional do país e das graves e massivas violações aos direitos fundamentais dos presos.

A situação chegou ao ponto de motivar intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias

⁵²² Idem, p. 02.

⁵²³ Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. Disponível também em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>.

⁵²⁴ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Tem como missão Contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade, desenvolvendo e coordena vários programas de âmbito nacional que priorizam áreas como Gestão Institucional, Meio Ambiente, Direitos Humanos e Tecnologia. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sobre-o-cnj>. Acesso em: 27/07/2016.

para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país. Foi o caso, por exemplo, do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE⁵²⁵, da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho/RO⁵²⁶, do Complexo do Tatuapé, de São Paulo/SP⁵²⁷, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/SP⁵²⁸, e do Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/MA⁵²⁹. A CIDH, por sua vez, concedeu medidas cautelares contra o Estado Brasileiro para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre/RS⁵³⁰.

Neste contexto, a prisão torna-se uma verdadeira “escola do crime”, e a perversidade do sistema ajuda a ferver o caldeirão em que vêm surgindo e prosperando as mais perigosas facções criminosas. O encarceramento em massa não gera a segurança que promete, mas, ao contrário, agrava os índices de criminalidade e de violência social, em detrimento de toda a população. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos frisou: “quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação”.⁵³¹

Tal cenário é francamente incompatível com a Constituição Federal de 1988, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a vedação das sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a imposição do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII), assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), assim como a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Esta realidade e inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação,

⁵²⁵ Medida provisória expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 22 de maio de 2014.

⁵²⁶ Resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 19 de junho de 2002, 29 de agosto de 2002, 22 de abril de 2004, 7 de julho de 2004, 21 de setembro de 2005, 2 de maio de 2008, 25 de novembro de 2009.

⁵²⁷ Resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 17 de novembro de 2005, 04 de julho de 2006 e 03 de julho de 2007.

⁵²⁸ Resoluções expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 28 de julho de 2006 e 30 de setembro de 2006.

⁵²⁹ Medida provisória expedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 18 de novembro de 2014.

⁵³⁰ Resolução 14 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 30 de dezembro de 2013.

⁵³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>. Acesso: 27/07/2106.

alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres. O quadro é flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Lei de Execução Penal.

Nesta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347, postula-se, em síntese, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconheça e declare o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e a contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia⁵³².

Ressalte-se, em sede de declaração do “estado de coisas inconstitucional”, que a Corte Constitucional da Colômbia, considerada um dos tribunais constitucionais com atuação mais destacada na defesa dos direitos humanos em todo o mundo, vem desenvolvendo uma tal técnica decisória, voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais⁵³³. A técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação.

Considerando que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos

⁵³² Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso: 27/07/2016, p. 07.

⁵³³ Veja-se, a propósito, César Rodríguez Garavito. “Más Allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”. In: Más allá del desplazamiento – Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009; Manuel José Cepeda-Espinosa “Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court”. Washington University Global Studies Law Review, vo. 3, 2004; Clara Inés Vargas Hernández. “La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y Labor del Juez Constitucional Colombiano em sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional”. Revista de Estudios Constitucionales, nº 1, 2003; Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. Tese de doutorado aprovada na Faculdade de Direito da UERJ sob a orientação do Prof. Daniel Sarmento, 2015.

direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.

Para reconhecer juridicamente o “estado de coisas inconstitucional”, a Corte Constitucional da Colômbia exige que estejam presentes as seguintes condições: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário⁵³⁴.

Quando do julgamento da mencionada ADPF número 347, no dia 9 de setembro de 2015, o Ministro Relator Marco Aurélio destacou em seu voto, ao falar sobre a questão carcerária do país, que não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que o STF deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar⁵³⁵. No tocante a “situação vexaminosa do sistema penitenciário” o Ministro ponderou:

a maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por

⁵³⁴ Idem, p. 08-09.

⁵³⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso: 27/07/2016, p. 21.

organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.⁵³⁶

Em relação as condições materiais do sistema penitenciário, o Ministro Marco Aurélio lembrou que as estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo⁵³⁷. Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os “massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha”.⁵³⁸

E, assim, conclui o ministro do STF:

diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.⁵³⁹

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, na medida correta e suficiente, não

⁵³⁶ Idem, p. 23.

⁵³⁷ Idem, p. 23.

⁵³⁸ Idem, p. 24.

⁵³⁹ Idem, p. 24-25.

pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática. A intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático. Por estes fatores, o Ministro Relator votou para deferir, parcialmente, a medida liminar pleiteada pelo PSOL na ADPF número 347, determinando, entre outras medidas, (i) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; (ii) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; (iii) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo⁵⁴⁰.

O Ministro Luis Roberto Barroso, aquele que, como vimos antes (item 3.2.3.2), em fevereiro de 2016, utilizou três fundamentos pragmáticos para justificar a interpretação que permite a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau (a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; a redução da seletividade penal; e a quebra do paradigma de impunidade), quando do julgamento da ADPF número 347, cinco meses antes, afirmou ser desnecessário repetir as violações rotineiras e as estatísticas assombrosas do sistema penitenciário brasileiro, que já são de conhecimento geral⁵⁴¹, sendo certo que a deficiência do sistema penitenciário reverte consequências gravíssimas e dramáticas para a sociedade, “pela incapacidade do sistema de tratar essas pessoas com o mínimo de humanidade, o que faz com que os índices de reincidência no Brasil sejam dos mais altos do mundo, simplesmente porque o sistema não é capaz de ressocializar, de humanizar e de dar um mínimo de preparo para essas pessoas quando elas saem do sistema”.⁵⁴²

E, pior!, o Ministro destaca em seu voto a clientela preferencial do sistema penal:

⁵⁴⁰ Idem, p. 41-42.

⁵⁴¹ Idem, p. 69.

⁵⁴² Idem, p. 69.

a maior parte das pessoas que está presa no Brasil não está presa nem por crime violento, nem por criminalidade de colarinho branco. Mais da metade da população carcerária brasileira é de pessoas presas por drogas ou presas por furto. E o índice de pessoas presas por colarinho branco - é até constrangedor dizer - é abaixo de 1%, nessas estatísticas globais. Estou fazendo esse argumento um pouco pra demonstrar que prendemos muito - para usar um lugar-comum -, mas prendemos mal. Para não ficar apenas na retórica da frase, estou procurando demonstrar que não prendemos aqueles que a sociedade brasileira considera os seus grandes vilões. O índice de apuração de homicídios no Brasil - esta, sim, uma criminalidade violenta e grave - é de menos de 10%. É uma ínfima quantidade de pessoas que é efetivamente condenada por crimes violentos.⁵⁴³

Por tudo isso, justificando que é notório o fato de que os presos são uma minoria invisível, uma minoria não representada politicamente, uma minoria incapaz de vocalizar, em qualquer foro relevante, as suas demandas, as suas necessidades, Luis Roberto Barroso entende ser a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria. Por fim, “a justificar a atuação do Judiciário, o preso está preso por uma decisão do Estado, ele está sob uma relação especial de sujeição para com o Estado. Portanto, o Estado tem deveres mínimos de proteção em relação a esse indivíduo”.⁵⁴⁴

Destaca-se, ainda, o voto do Ministro Gilmar Mendes que – assim como Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, e Cármen Lúcia – em 9 de setembro de 2015 visibilizou as mazelas desumanas do sistema penitenciário nacional, mas que, em 17 de fevereiro de 2016, autorizou a execução provisória da pena privativa de liberdade. No julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347, Gilmar Mendes expõe que “a situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós”.⁵⁴⁵

Ademais, afirma o ministro que no âmbito do Judiciário, sequer tem-se a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, uma vez que é a Justiça que administra tal sistema, tendo grande responsabilidade na manutenção desse quadro caótico.

⁵⁴³ Idem, p. 71.

⁵⁴⁴ Idem, p. 73.

⁵⁴⁵ Idem, p. 137.

Inclusive Gilmar Mendes propõe que para reduzir a cultura do encarceramento talvez fosse mais recomendável atuar no campo da formação, conscientizando os magistrados brasileiros acerca do estado de coisas e de suas consequências⁵⁴⁶.

Para o Ministro Celso de Mello o sistema penitenciário brasileiro pode ser classificado como “expressão visível (e lamentável) de um estado de coisas inconstitucional”.⁵⁴⁷ O contexto atual constitui verdadeiro e terrível libelo contra o sistema penitenciário brasileiro, cuja situação de crônico desaparelhamento culmina por viabilizar a imposição de inaceitáveis condições degradantes aos sentenciados, traduzindo, em sua indissimulável realidade concreta, hipótese de múltiplas ofensas constitucionais, em clara atestação da inércia, do descuido, da indiferença e da irresponsabilidade do Poder Público em nosso País. E, segue o ministro, a omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de “ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República”.⁵⁴⁸ O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.

4.5 Palavras finais: máquina da desigualdade

No presente capítulo objetivamos demonstrar, sob a categoria “historicidade” que o cárcere está estreitamente vinculado ao sistema capitalista, desde seu nascimento até os dias atuais, tanto é verdade que, na era da globalização econômica neoliberal, como vimos com o elemento “posições”, a prisão segue sendo uma máquina reprodutora da desigualdade.

⁵⁴⁶ Idem, p. 139.

⁵⁴⁷ Idem, p. 158.

⁵⁴⁸ Idem, p. 159.

CAPÍTULO 5 – Do reconhecimento do *homo sacer* criminal e a busca de uma política alternativa pautada na riqueza humana

viver com arte é a arte da vida. E uma vida vivida com arte não pode construir-se na e para a solidão. Vida com arte necessita do comum, do espaço de encontro, da interação e da convivência – com-vivência. Podemos, é verdade, viver a vida sem prestar atenção à arte de viver. E assim correr o risco de cair na melancolia, nas paixões tristes que nos separam dos demais e negar nossa capacidade de conviver, de fazer o que nos convém junto e com os outros. A arte de viver nos permite viver a vida com arte, dando forma a nossa existência ao compartilhar, ao combinar, ao construir com os outros o que nos convém. Ou, em outros termos, abrir as portas à alegria e ao conjunto de paixões alegres que nos articulem com quem convivemos. (Joaquín Herrera Flores).

o que é bom, Fedro? E o que não é bom. Acaso precisamos pedir a alguém que nos ensine essas coisas? Diria ele que a causa das atuais crises sociais é um defeito genético na natureza da própria razão; E, enquanto esse defeito genético não for sanado, as crises permanecerão. As modalidades atuais da racionalidade não estão encaminhando a sociedade rumo a um mundo melhor. Pelo contrário, estão afastando-a cada vez mais desse mundo melhor. Essas modalidades operam desde o Renascimento e continuarão a operar enquanto forem prementes as necessidades de alimento, vestimenta e abrigo. Porém, numa época em que essas necessidades já não são as mais urgentes da vida para um número enorme de pessoas, a estrutura inteira da razão que nos foi legada pela Antiguidade já não é mais suficiente. Começa a ser vista tal como realmente é – emocionalmente oca, esteticamente absurda e espiritualmente vazia. É nesse estado que ela se encontra hoje (Robert Pirsig).

5.1 Cinco pautas para uma prática crítica dos Direitos Humanos

Nossa teoria, comprometida e ideologicamente identificada com os grupos historicamente oprimidos, impõe cinco pautas para uma atuação prática orientada:

Primeiro, devemos começar reconhecendo que nascemos e vivemos com a necessidade de satisfazer conjuntos culturalmente determinados de bens materiais e imateriais e, dependendo do entorno de relações nas quais vivamos, serão os bens a que tentamos ter acesso. Mas, em primeiro lugar não são os direitos, são os bens.

A adoção da teoria crítica dos direitos humanos proposta por Joaquín Herrera Flores, como vimos (item 2.4), pretende fugir do círculo vicioso que nos encerra o aparente

simplismo da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Os três níveis de trabalho (“o quê” dos direitos; “por quê” dos direitos; e “para quê”) revelam que os direitos humanos – mais que direitos propriamente ditos – são processos, é dizer, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para a vida.

Tal concepção impõe a necessidade de se reconhecer que os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados em nível nacional ou internacional, ao contrário, são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas.

Dessa forma, quando falamos de direitos humanos, falamos de dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito. Os direitos humanos entendidos como prática social, como expressão axiológica, normativa e institucional que, em cada contexto, abre e consolida espaços de luta por uma vida mais digna, não se reduzem a um único momento histórico e a uma única dimensão jurídico-procedimental.

Lembre-se que a questão da proibição da execução da pena de prisão após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição está assegurada por vários “direitos”, de cunho nacional e internacional. No entanto, o “bem” presunção da inocência (e todos aqueles violados em decorrência da execução provisória da condenação), após a decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* número 126.292, não está ao alcance efetivo.

No plano nacional, o “direito” à presunção da inocência está “garantido” na Constituição Federal de 1988 ao afirmar, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Na mesma linha da Constituição Federal, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece em seu artigo 283 que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

No plano internacional, o “direito” à presunção da inocência está “protegido” pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que afirma em seu artigo 11.1: “toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 14.1, expõe que “qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), de 1969, prescreve em seu artigo 8.1, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Frise-se, ainda, que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos foram promulgados internamente⁵⁴⁹ e, nos termos do artigo 5, §2º, da Constituição Federal, integram o sistema de garantias do sistema constitucional brasileiro, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido que tais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, concluindo que as leis ordinárias, anteriores ou posteriores aos tratados, que com eles confrontarem, não terão eficácia jurídica naquilo em que conflitarem⁵⁵⁰.

Por isso, nos adverte sempre Herrera Flores, nós não começamos pelos “direitos”, mas sim pelos “bens” exigíveis para se viver com dignidade, afinal estamos diante de bens que satisfazem necessidades, e não de um modo “a priori” perante direitos, “os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens. Algumas vezes essas lutas poderão se apoiar em sistemas de garantias já formalizados, mas, outras vezes, as lutas não poderão se apoiar em uma norma e se situar em planos de *alegalidade*”.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ Decretos número 592, de 6 de julho de 1992 e número 678, de 6 de novembro de 1992, respectivamente.

⁵⁵⁰ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>. Acesso em 06/08/2016.

⁵⁵¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux e IDHID, 2009, p. 34-35.

As normas jurídicas resultantes nos servirão para garantir – de modo não neutro – determinado acesso a tais bens. Porém, daí também seu caráter instrumental e seu apego aos interesses e às expectativas de quem ostenta a hegemonia na sociedade de que se trata.

Segundo, devemos ter em conta que temos de satisfazer nossas necessidades imersos em sistemas de valores e processos que impõe um acesso restringido, desigual e hierarquizado aos bens, sendo este fato materializado ao longo da história por meio de marcos hegemônicos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

Conforme vimos anteriormente sob o manto do elemento “posições” (item 4.2), o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com seus últimos dados atualizados até junho de 2014⁵⁵², revela que o contexto atual da situação carcerária se constitui em uma das questões mais complexas da sociedade brasileira e um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo sistema de justiça penal, pela política criminal e pela política de segurança pública. As conclusões do DEPEN indicam que os problemas no sistema penitenciário nacional devem nos conduzir a profundas reflexões, sobretudo em uma conjuntura em que o perfil das pessoas presas é majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda.

O diagnóstico realizado e divulgado no Infopen nos permite uma análise da realidade do sistema penitenciário brasileiro e, em específico, de nossa categoria das “posições” para visibilizar a posição desigual de poder material em que os “encarcerados” estão situados para ascender aos bens indispensáveis à dignidade humana.

Assim, tal posição – que é subordinada pelos processos de divisão do fazer humano – determina clara e inequivocamente a forma a partir da qual as pessoas encarceradas no Brasil acessam aos bens necessários para viver com dignidade.

É dizer: a dignidade humana continua subordinada aos interesses do mercado.

Terceiro, a história dos grupos marginalizados e oprimidos por esses processos de divisão do fazer humano é a história do esforço para levar adiante práticas e dinâmicas sociais

⁵⁵² Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27/07/2016.

de luta contra esses mesmos grupos. Daí corresponder a nós pôr as frases dos direitos, mas admitir que a verdade deles reside em lutas raramente recompensadas com o êxito.

Reafirmamos, ao trabalhar com a categoria “historicidade” (item 4.1), que o cárcere forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente, sendo operado pelo sistema penal enquanto nítida manifestação de poder para a construção da hegemonia e servindo como uma das diversas ferramentas utilizadas pelo controle social para produzir as mais variadas formas de dominação e exploração de determinados grupos e dimensionar sua relação com o poder.

O interesse de classes imprime a cada sistema penal a marca da concretização histórica e somente com o completo aniquilamento das classes é que se permitirá a criação de um sistema penal imune a todo elemento antagônico. O direito penal, desta forma, pertence à superestrutura jurídica na medida em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental que está subordinada a sociedade moderna: a troca de equivalentes e todas suas consequências. Ou, em outros termos, o direito penal é uma forma de relação entre sujeitos egoístas isolados, portadores de interesses privados autônomos, sendo que os conceitos de crime e castigo são definições necessárias ao funcionamento deste tipo de forma jurídica.

Reconstruir, pois, as vicissitudes relevantes desta sociedade equivale a recorrer a história dos problemas de ordem e controle social deste mesmo tecido social. Até porque o delito, e mais em geral as questões sobre as diversas alterações e desobediências à ordem social, estão sempre presentes em todas as partes de cada sociedade.

As funções históricas do cárcere na produção e no controle dos grupos marginalizados (classe operária), e na criação do universo disciplinar de que a moderna sociedade industrial tem necessidade, são elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, a uma economia política da pena, uma vez que sob o viés institucional, o sistema capitalista pressupõe uma maior exigência de disciplina e de repressão, com a finalidade primordial de conter a incontrolável tensão das massas marginalizadas.

Quarto, o objetivo fundamental de tais lutas não é outro que poder viver com dignidade, o que, em termos materiais, significa generalizar processos igualitários (e não hierarquizados “*a priori*”) de acesso aos bens materiais e imateriais que levam a dignidade.

Quinto, se temos o poder político e legislativo necessários para estabelecer sistemas de garantias (econômicas, políticas, sociais e, sobretudo, jurídicas) que comprometam as instituições nacionais e internacionais ao cumprimento daquilo conquistado por essas lutas pela dignidade de todos e todas.

Percebe-se que as três primeiras pautas de atuação prática foram abordadas pelos “elementos” do diamante ético e as duas últimas serão preenchidas pelas funções de uma teoria crítica que abordaremos no item abaixo, para, ao final, atingirmos a dignidade humana.

Pela nossa definição dos direitos humanos como processos sociais, normativos, econômicos e políticos que abrem ou consolidam espaços de luta pela dignidade humana, entendida como o conjunto de atitudes e aptidões necessárias para poder lutar contra os processos de divisão do trabalho que nos impedem o acesso aos bens materiais e imateriais de um modo igualitário e não-hierarquizado por alguma ideologia abstrata e funcional às desigualdades e desequilíbrios existentes no mundo contemporâneo.

E, a depender de nossa visão social do mundo (ou ideologia), os direitos humanos podem ser definidos de forma funcional ou crítica frente a tais situações de desigualdade, exclusão e exploração. As definições gozarão de um maior ou menor grau de “verdade” dependendo de sua capacidade (ou incapacidade) de reagir as mencionadas causas⁵⁵³.

Nos situamos em uma perspectiva dinâmica, contextual, especialmente situada e dirigida a um fim concreto e material: a dignidade humana. Para Herrera Flores, “no hay otro universal que éste: garantizar a todos la posibilidad de luchar por la dignidad humana”.⁵⁵⁴

A maior violação consiste em impedir que algum indivíduo, grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos e materiais mais gerais.

5.2 Funções de uma teoria crítica dos direitos humanos

As cinco pautas para a prática deverão ser entrecruzadas com as funções de uma teoria crítica para impulsionar uma filosofia da imanência que afirme que o único horizonte

⁵⁵³ Disponível em: https://campusvirtual.upo.es/webapps/blackboard/content/listContentEditable.jsp?content_id=_1739120_1&course_id=_31538_1. Acesso em 06/08/2016.

⁵⁵⁴ Idem.

da política, da ética e da ciência é nossa interação criativa com o mundo, sendo que tal tarefa, por excelência, é tripla: visibilizar, desestabilizar e, se for o caso, transformar os marcos concretos, reais e materiais que subjazem a toda ação humana⁵⁵⁵.

É que no viés da concepção historicista da ciência e do conhecimento social podemos realizar três afirmações: (a) qualquer fenômeno social, cultural ou político é histórico e só pode ser compreendido dentro da história, através de história, em relação ao processo histórico; (2) existem uma diferença fundamental entre os fatos históricos ou sociais e os fatos naturais. Em consequência, as ciências que estudam estes dois tipos de fatos, o fato natural e o fato social, são ciências de tipos qualitativos distintos; e (3) não só o objeto da pesquisa é histórico, está imergido no fluxo da história, como também o sujeito da pesquisa, o investigador, o pesquisador, está, ele próprio, imerso no curso da história, no processo histórico. Portanto, esclarece Michael Löwy, “não existe conhecimento da história desde fora, quero dizer, ninguém está fora do rio da história, olhando para ele de suas margens. Todo investigador está imerso no curso da história, nadando ou navegando em um barco neste curso tempestuoso da história, ninguém está fora”.⁵⁵⁶

Não queremos ser condenados pela amnésia promovida pela ideologia dominante que inviabiliza outras histórias. E as ideologias, na concepção de Michael Löwy como “visão social do mundo”⁵⁵⁷, podem ser de dois tipos: (a) ideológicas (quando servem para legitimar, justificar, defender ou manter a ordem social do mundo) e (b) utópicas (quando têm uma função crítica, negativa, subversiva, quando aponta para uma realidade ainda não existente). Mas, desde já, alertamos que não queremos a utopia (do grego u-topos) entendida como lugar nenhum, o que ainda não existe (ou um sistema social que ainda não existe em lugar nenhum), ao contrário, postulamos “outros lugares” onde as pessoas possam viver uma vida digna.

⁵⁵⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso: breve tratado sobre a arte e a dignidade*. Tradução de Nilo Kaway Junior. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007, p. 60.

⁵⁵⁶ LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 76.

⁵⁵⁷ Idem, p. 14.

E que não se diga que nossa postura é “ideológica por excelência”, porque, segundo Slavoj Žižek, quando um processo é denunciado como ideológico por excelência, pode-se ter certeza de que seu inverso é não menos ideológico⁵⁵⁸.

Enfim, ao nos posicionarmos no intermezzo, estamos afirmando que não acreditamos na objetividade, em nenhum campo social. Não estamos fora ou dentro do nosso objeto de estudo. É que, como nos advertem Gilles Deleuze e Félix Guattari, o meio não é uma média, ao contrário, é o lugar onde as coisas adquirem velocidade. Estar entre as coisas “não designa uma correlação localizável que vai de uma para outra e reciprocamente, mas uma direção perpendicular, um movimento transversal que as carrega uma e outra, riacho sem início nem fim, que rói suas duas margens e adquire velocidade no meio”.⁵⁵⁹ Somos subjetivos, movidos por paixões alegres, àquelas que Spinoza afirmou tratar-se de molas propulsoras da potência humana – transformar o mundo na medida em que transformamos a nós mesmos⁵⁶⁰ (quanto maior é a alegria que nos afeta, tanto maior é a perfeição a que chegamos).

É muito melhor lutar por uma vida cheia de paixões que deixar-se levar e abrandar por uma visão única do mundo e de seus protagonistas, nos ensina Joaquín Herrera Flores e, portanto, “não somente há que se negar a estratégia que impõe uma só visão do mundo como também a estratégia de muitas versões únicas do mundo, sobre as quais não queremos intervir, dada que a única preocupação é nosso centro cultural”.⁵⁶¹

Nada que é humano pode nos ser alheio “e que o melhor que conhecemos é o que produzimos e construímos nós mesmos, isto é, a história”.⁵⁶²

Joaquín Herrera Flores recorre ao conceito de “processos culturais” como papel transgressor do simbólico em busca de caminhos de emancipação. Para o sevilhano há duas formas de focar os processos culturais: desde uma perspectiva reguladora, em função da

⁵⁵⁸ ŽIŽEK, Slavoj. *O espectro da ideologia*. Em: ŽIŽEK, Slavoj (org.). *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 09.

⁵⁵⁹ DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Celia Pinto Costa. São Paulo: Editora 34, 1995, Volume 1, p. 37.

⁵⁶⁰ Neste sentido: SPINOZA, Baruch. *Ética demonstrada según el orden geométrico*. Tradução de Vidal Peña. Madrid: Alianza Editorial, 2006

⁵⁶¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso: breve tratado sobre a arte e dignidade*. Tradução de Nilo Kaway Junior. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007, p. 93.

⁵⁶² SAID, Edward. *Humanismo y crítica democrática: la responsabilidad pública de escritores e intelectuales*. Tradução de Ricardo García Pérez. Barcelona: Debate, 2006, p. 12.

qual aceitamos a ordem já estabelecida das coisas como única realizável e possível, ou desde uma mirada emancipadora que nega a existência de uma única possibilidade de perceber e atuar no mundo. Por isso os “processos culturais” devem ser entendidos como “estructuras dinámicas, abiertas a la interacción, plurales y, por supuesto, inmanentes a los diferentes contextos sociales, económicos, políticos e ideológicos en los que se desarrollan”.⁵⁶³

Desta forma se pretende apontar para (i) escapar das concepções hegemônicas do cultural que pretendem uniformizar o mundo desde uma única metodologia da ação social e (ii) impulsionar a vontade humana de construção de novas realidades, de novas significações que enxerguem as sociedades e os indivíduos como “fazendo-se a si mesmos”, de potencializar o anel de transformação que nos permita, não somente criar as leis que nos regem, senão também possibilitem a tomada de consciência de nossa capacidade genérica de fazer, de construir novas valores e sentidos insurgentes frente a toda concepção estreita, fechada e excludente da vida humana em sociedade.

O cultural, portanto, é um processo contínuo de construção, intercâmbio e transformação de signos que orientam nossa ação, de forma reguladora ou emancipatória, no mundo. Afinal, “culturalmente no hay nada que sea en sí mismo. Culteramente las cosas son siendo construidas, intercambiadas e transformadas. Ser un animal cultural significa asumir el riesgo, el vértigo del movimiento, de la creación, de la propuesta de nuevas realidades y nuevas significaciones”.⁵⁶⁴ Estamos inseridos em processos nos quais somos o quanto que criamos, na maneira que fazemos para transformar o mundo.

Agregar o conceito de “processos” ao “cultural” nos induz a ver o cultural desde o critério de convergência de diferentes e plurais formas de reação cultural frente ao mundo, partindo do princípio geral de que todos os seres humanos, sem exceção, são animais culturais que reagem diferentemente frente aos entornos de relações nos que vivem⁵⁶⁵.

Tal concepção materialista dos processos culturais tendem a construir “signos” frente a adaptação passiva ante ao construído, colocando o cultural no âmbito de uma teoria

⁵⁶³ HERRERA FLORES, Joaquín. *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua, 2005, p. 92.

⁵⁶⁴ Idem, p. 93.

⁵⁶⁵ Idem, p. 95.

da produção e reprodução social, especificando os modos a partir dos quais os produtos culturais servem para a dominação ou para a resistência contra a mesma.

Estes signos, ou seja, símbolos e representações que unem os objetos do mundo com nossas ações, constituem essa relação que se estabelece entre os objetos – sejam materiais ou imateriais – e as ações dos indivíduos e dos grupos.

O funcionamento dos “signos” culturais se dá em três momentos distintos:

en primer lugar, el proceso cultural de construcción, intercambio y transformación de signos nos permite explicar, “dar cuenta” de los signos a partir de los cuales se actúa de un modo y no de otro en una u otra formación social (aspecto “causal” o “estructural” de lo cultural, dado que hablamos de los signos culturales que recibimos y en los que nos vamos socializando). En segundo lugar, lo cultural nos capacitará para interpretar tal conjunto “recibido” de signos y, como consecuencia de tal interpretación, el trabajo cultural puede capacitarnos para modificar y transformar los contenidos de la acción (aspecto “metamórfico” o “proteico” de lo cultural). Y, en tercer lugar, tales “explicaciones” y tales “interpretaciones” serían imposibles si no nos permitieran intervenir colectiva y grupalmente en la realidad en que vivimos.⁵⁶⁶

Temos, então, com a noção dos signos um guia que orientam nossa ação social a partir de três funções básicas para ser aplicadas nossa teoria crítica. Os aspectos causal (visibilizar), metamórfico (desestabilizar) e interativo (transformar). O primeiro nos coloca em um contexto cultural específico e concreto, o segundo nos capacita para a crítica de dito contexto e, por fim, o terceiro nos possibilita transformar tal realidade.

Cumpramos registrar que, na medida do possível, para descobrir se a metodologia e/ou ideologia que dominação a ação social em determinada formação social ou comunidade não nos basta conhecer os aspectos causal e metamórfico, sendo preciso descobrir o aspecto interativo das reações culturais e ver se os sujeitos tendem a utilizar os signos e representações culturais para impor o que recebemos da tradição hegemônica como se fosse algo imutável, ou melhor, tendem a potencializar as possibilidades de transformação do dado em função de alternativas reais e concretas.

Desse modo, segue Herrera Flores, o aspecto interativo se constitui como uma espécie de “matriz cultural” de interconexão entre o causal e o metamórfico, pois tudo o “hacemos insertos en comunidades interpretativas, en movimientos sociales, compartiendo

⁵⁶⁶ Idem, p. 100.

cauces de diálogo y de reivindicación, en definitiva, luchando contra la “in-significancia” de un mundo en el que las posiciones de poder intentarán desesperadamente convertir sus metodologías de la acción social en las únicas racionales y universalizables”.⁵⁶⁷

Manuel Gándara afirma que necessário fazer essa leitura crítica que permita – mantendo seu impulso e pretensões emancipatórias – superar as armadilhas que limitaram o alcance dos propósitos que hoje seguem orientando o labor das teorias críticas. O rigor reflexivo que queremos colocar em marcha para dar guarida aos processos de transformação em nosso mundo “exige emprender una recepción creativa de esta tradición; ello conlleva junto al reconocimiento de su pertinencia, el cuestionamiento sobre la conveniencia de los conceptos, categorías y perspectivas de análisis que nos ofrece para enfrentar el discernimiento de nuestra sociedad actual”.⁵⁶⁸ Assim a premissa que caracteriza nossa teoria crítica frente a desenvolvimento das chamadas teorias tradicionais é seu propósito de transformação social, indo mais além da descrição e teorização dos problemas sociais.

O que define, portanto, a atitude crítica é a negativa de aceitar a mera facticidade do dado, a renúncia da aceitação passiva da injustiça, “y ello ha de ser evidente en sus contenidos, reside en un determinado punto de vista a partir del cual dicha crítica es realizada, siendo este punto de vista el de la emancipación humana”.⁵⁶⁹

É com o propósito de contribuir com os processos de emancipação que o pensamento crítico realiza sua tarefa, revelando as conexões e causas que geralmente permanecem ocultas nos fenômenos sociais, e intervindo para apoiar transformações que favoreçam aqueles setores da população que são submetidos às relações de subordinação.

Em sentido idêntico, Boaventura de Sousa Santos apresenta alguns traços que devem apresentar uma teoria e prática do pensamento crítico:

primeiro, uma preocupação epistemológica com a natureza e validade do conhecimento científico, uma vocação interdisciplinar, uma recusa da instrumentalização do conhecimento científico ao serviço do poder político ou económico. Segundo, uma concepção da sociedade que privilegia a identificação dos conflitos e dos interesses. Com isso, invoca uma avaliação negativa do que existe ao

⁵⁶⁷ Idem, p. 100.

⁵⁶⁸ CARBALLIDO GÁNDARA, Manuel E. *Crítica del pensamiento crítico: apuntes para pensar las luchas*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.26-1.1>. Acesso em 07/08/2016, p. 16.

⁵⁶⁹ Idem, p. 17.

denunciar as mistificações ideológicas e os conflitos de interesse e de poder que se escondem no interior de relações sociais aparentemente transparentes, consensuais, naturais. Terceiro, um compromisso ético que liga valores universais aos processos de transformação social e que assim confere à teoria crítica uma aspiração utópica. A vinculação da teoria crítica à denúncia do que existe e à busca de alternativas por via da transformação social, combinada com a aceleração do tempo histórico no nosso século, foi responsável pelo grande dinamismo da teoria.⁵⁷⁰

Necessitamos construções teóricas que permitam compreender o conjunto dos desafios que se apresentam nos processos emancipadores, contudo, tais construções não podem apresentar um caráter de uma teoria total ou universal, mas que permitam superar a fragmentação dos âmbitos da realidade social e das lutas que buscam sua transformação, ou como sustenta, o filósofo venezuelano Manuel Gándara:

Se pretende, pues, un quehacer teórico que facilite la traducción de las luchas, que haga puente entre los saberes que desde esas luchas se construyen, que posibilite aprendizajes compartidos. Este quehacer se nos presenta como desafío en pro de un pensamiento crítico capaz de comprender su tarea en función de posibilitar que las tensiones y contradicciones entre los diversos colectivos que luchan sean superadas; un pensamiento capaz de favorecer la articulación entre los movimientos de distinta índole, promover alianzas en las que ningún actor se sienta excluido o subordinado a las lógicas, necesidades e intereses de otros actores o de identidades diversas.⁵⁷¹

Estamos, assim, frente a redes de relações que são construídas por seres humanos em seu contínuo processo de interação consigo mesmo, com os outros e com a natureza, sendo que essas redes, em um primeiro momento, nos determinam, mas que, ao mesmo tempo, podemos transformar e modificar, afinal construimos historicamente.

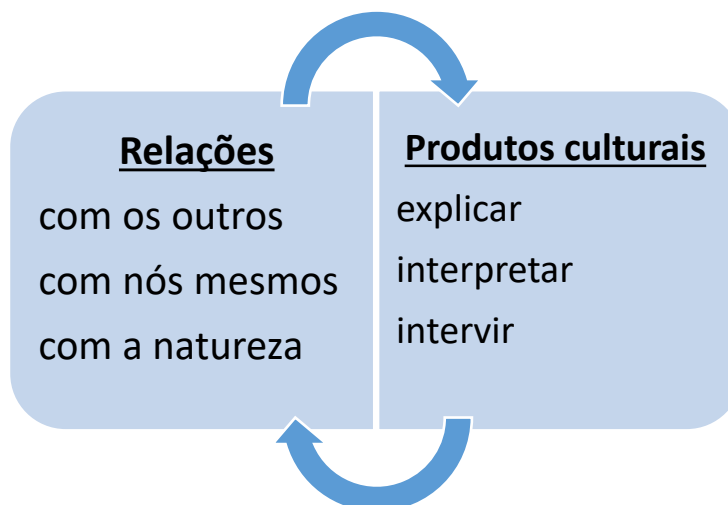
Neste ponto reside a condição do processo cultural “entendido como la construcción y reconstrucción, plural y diferenciada, de metodologías de la acción social que surgen como reacción a dichos entornos de relaciones”.⁵⁷² Em definitivo, o cultural nos oferece um guia, uma metodologia de ação social que será diferente em função do entorno de relações que está em sua base, ou, em outros termos, em função de como nos relacionamos com os outros seres humanos, com nós mesmos e com os processos naturais no marco das diferentes e históricas formas de produção e extração do valor social.

⁵⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Palabras de abertura*. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=693>. Acesso em 07/08/2016, p. 08.

⁵⁷¹ CARBALLIDO GÁNDARA, Manuel E. *Crítica del pensamiento crítico: apuntes para pensar las luchas*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.26-1.1>. Acesso em 07/08/2016, p. 32.

⁵⁷² HERRERA FLORES, Joaquín. *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilha: Aconcagua, 2005, p. 109-110.

É o que Herrera Flores designa como “circuito de reação cultural”⁵⁷³:



Primeiro são as relações, depois as representações (ou signos). O processo cultural supõe sempre um caminho de ida e volta entre as reações culturais (individuais e coletivas) e as redes de relações que as provocam, formando o circuito de reação cultural.

Se nos situamos neste circuito não podemos entender os produtos culturais como algo que precede aos entornos das relações, pois todo produto cultural, como os direitos humanos por exemplo, é, em primeiro lugar, uma forma de razão ao estabelecimento das referidas relações e, em um segundo momento, tais produções ou signos culturais influem decisivamente nas relações que mantemos com os outros, nós mesmos e com a natureza.

Joaquín Herrera Flores, ao não tratar a cultura como algo fechado, estático, mas como processo cultural, sempre dinâmico e submetido aos vaivéns da história, acrescenta ainda que os “processos culturais” não podem ser considerados como artifícios neutros, pois “todos están comprometidos con una interpretación del pasado, con una comprensión del presente y con una proposición de futuro. Los productos culturales pueden proporcionarnos, pues, un acceso regulador-restrictivo, excluyente, monológico, ideológico-emancipador, comprometido con la ampliación de lo que entendemos por humano, plural, cultural”.⁵⁷⁴

Especificamente ao tema dos direitos humanos, entende-os como produtos culturais que possibilitam processos de reação alternativa e contextualizada aos entornos de

⁵⁷³ Idem, p. 112.

⁵⁷⁴ Idem, p. 118.

relações em que vivemos, nos permite, (a) ao considerá-los como produtos culturais próprios de uma forma particular e hegemônica de ver o mundo, partimos da “constatação” de que, ao nos enfrentarmos com “produtos culturais”, podemos nos afirmar em uma posição diferente à da “ideologia-mundo” hegemônica sob a forma do antagonismo como modo de realização dos direitos; (b) ao contextualizá-los social, econômica, política e culturalmente, os situamos em pleno circuito de reação cultural, quer dizer, da estreita vinculação entre os entornos de relações em que vivemos e os produtos culturais que, como reações significantes, conformam nossos plurais e diferenciados universos simbólicos; e (c) os situamos nos “processos culturais propriamente ditos”, já que com os direitos humanos podemos, se adquirimos suficiente poder, intervir sobre os entornos de relações: nem os direitos – como produtos culturais –, nem os entornos de relações são coisas dadas de uma vez por todas, característica oposta a todo processo ideológico reificador do mundo.

A proposta é fazer a história criando um imaginário social instituinte com a adoção de uma nova forma de imaginar e irromper no mundo, a fim de propiciar intempestivamente três tendências: (a) criar constantemente novos caminhos de ação e reflexão; (b) potencializar a capacidade humana de transformação e criação de sentidos, para propor desvios do dominante e novas direções alternativas; e (c) atuar afirmativamente entrelaçando e articulando as múltiplas e diferentes formas de luta pela dignidade.

Pretendemos, pois, afirmar que não se podem conhecer os processos culturais se não conhecemos seu contexto, é dizer, as formas de produção, distribuição e antagonismo da riqueza, e que tais processos culturais podem cumprir uma função muito importante na hora de reproduzir ou transformar os contextos nos quais se situam.

Não há uma relação única e unilinear estabelecida entre a base material de produção do valor social e os processos de reação cultural, senão caberá a possibilidade de transformá-la e direcioná-la para outros rumos. O trabalho de uma teoria contextualizada da cultura, segundo Herrera Flores, “residirá siempre en sacar a la luz las fuentes de producción del valor. Es decir, en ilustrar constantemente los contextos en que estamos situados y sobre los que pretendemos reaccionar”.⁵⁷⁵ Em tais contextos surgem os processos culturais, os

⁵⁷⁵ Idem, p. 50.

quais, de um modo muito genérico, se constituem reações frente as formas de produção do valor social instituindo uma tensão entre a “metodologia da ação social dominante” e os conteúdos concretos e específicos dessa ação. Em cada forma de vida, segue o maestro espanhol, “los que, por las circunstancias que sean, han asumido el poder político, económico y cultural, tenderán a elevar a rango de metodología de la acción social el contenido concreto de la misma que sea más funcional a sus objetivos e intereses contextuales: sean algunos preceptos religiosos, sean específicas formas de acción económica”.⁵⁷⁶ Com isso, culturalmente se criará e se reproduzirá o contexto hegemônico ou se construirão as bases para uma crítica a tal contexto e a construção de um viés alternativo.

Enxergar os direitos humanos como processos culturais nos permitem, como dissemos, diferenciar o “estado de fato” e a “realidade” para podermos imprimir a noção dos signos como guia que oriente nossa ação social a partir das funções reveladas pelo aspecto causal (visibilizar), metamórfico (desestabilizar) e interativo (transformar).

5.3 Visibilizar: do homo juridicus ao homo sacer

Alain Supiot afirma que todo ser humano vem ao mundo com um crédito de sentido, do sentido de um mundo já presente, que confere um significado à sua existência, por isso sustenta ser o homem um animal metafísico que se desenvolve não só no universo das coisas como no universo dos signos (linguagem).

No campo do direito, Supiot lembra que antes mesmo de ter, pela palavra, acesso à consciência de seu ser, todo recém-nascido terá sido nomeado, inserido numa filiação: ter-lhe-á sido atribuído um lugar numa cadeia de geração, afinal antes de termos podido dizer ‘eu’ que a lei fez de cada um de nós um sujeito de direito. Para ser livre, o sujeito de direito deve primeiro estar vinculado por palavras que o prendam aos outros homens. Os vínculos do direito e os vínculos da palavra se mesclam, assim, para que cada recém-nascido tenha acesso à humanidade, ou seja, para atribuir à sua vida um significado⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Idem, p. 51.

⁵⁷⁷ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2007, p. VIII.

Por isso, transformar cada um de nós em “*homo juridicus*” é a maneira ocidental de vincular as dimensões biológica e simbólica constitutiva do ser humano, tendo o direito a função de “ligar a infinitude de nosso universo mental à finitude de nossa experiência física, cumprindo em nós uma função antropológica de instituição da razão”.⁵⁷⁸

O campo dos direitos humanos, segue Alain Supiot, está situado no terreno das crenças, fazendo crer que nosso “*homo juridicus*” é um (a) indivíduo, no sentido a um só tempo quantitativo e qualitativo desse termo de origem jurídica, um (b) sujeito soberano titular de uma dignidade própria, dotado de razão e titular de direitos, devendo ser respeitado e protegido pela lei, e (c) uma pessoa, um espírito único, o qual vai desenvolver-se ao longo de toda a sua vida e lhe sobreviverá através de suas obras.

Contudo, não se pode esquecer que “o direito não é a expressão de uma verdade revelada por deus ou descoberta pela ciência, tampouco é um mero instrumento que poderia ser julgado por sua eficácia. Ele serve para aproximar, sem nunca atingir, uma representação justa do mundo”⁵⁷⁹, assim ele pode servir a fins diversos e mutantes, tanto na história dos sistemas políticos como na das ciências e das técnicas, mas os serve subordinando o poder e a técnica a uma razão humana. Portanto, é tão errado reduzi-lo, como se tende a fazê-lo hoje, a uma ‘pura técnica’ vazia de significado como reportá-lo, como se fazia ontem, às regras reputadas imutáveis de um suposto direito natural.

Pois, em cada caso, perde-se o essencial, que é a capacidade do direito de chamar à razão as mais diversas formas de exercício do poder político ou poder técnico.

Tal consequência do jurídico (enquanto categoria do *campo*⁵⁸⁰) foi denunciada por Pierre Bourdieu como poder simbólico, “esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.⁵⁸¹ Num estado do campo em que se vê o poder por toda a parte, como em outros tempos não se queria reconhecê-lo nas situações em que ele entrava pelos olhos a dentro,

⁵⁷⁸ Idem, p. X.

⁵⁷⁹ Idem, p. XXX.

⁵⁸⁰ BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo*. Tradução de Denise Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004.

⁵⁸¹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: 2007, p. 07.

não é inútil lembrar que – sem nunca fazer dele uma espécie de círculo cujo centro está em toda parte e em parte nenhuma – é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido.

Bourdieu, em um primeiro momento ao analisar a linguagem e a palavra como universos simbólicos, destaca que os sistemas simbólicos, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados, afinal “o poder simbólico é um poder de construção de realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo, ou seja, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências”.⁵⁸² Os símbolos são os instrumentos por excelência da integração social: enquanto instrumentos do conhecimento e de comunicação eles tornam possível o consensus acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração lógica é a condição da integração moral.

Num segundo momento, Bourdieu lembra que não basta notar que as relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre, relações de poder que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidos nessas relações e que podem permitir acumular poder simbólico. É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que “os sistemas simbólicos cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim para a domesticação dos dominados”.⁵⁸³

As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais (as tomadas de posição ideológicas dos dominantes são estratégias de reprodução que tendem a reforçar dentro da classe e fora da classe a crença na legitimidade da dominação da classe). Elas podem conduzir esta luta quer

⁵⁸² Idem, p. 09.

⁵⁸³ Idem, p. 11.

diretamente, nos conflitos simbólicos da vida cotidiana, quer por procuração, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica e na qual está em jogo o monopólio da violência simbólica legítima, quer dizer, do poder de impor – e mesmo de inculcar – instrumentos de conhecimento e de expressão arbitrários – embora ignorados como tais – da realidade social. O campo de produção simbólica é um microcosmos da luta simbólica entre as classes: é ao servirem os seus interesses na luta interna do campo de produção que os produtores servem os interesses dos grupos exteriores ao campo da produção.

O resultado, segundo o pensador francês, é que o que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daqueles que as pronuncias, crença cuja produção não é de competência das palavras⁵⁸⁴. Na luta simbólica pela produção do senso comum ou, mais precisamente, pelo monopólio da nomeação legítima como imposição oficial – isto é, explícita e pública – da visão legítima do mundo social, os agentes investem o capital simbólico que adquiriram nas lutas anteriores e sobretudo todo o poder que detêm sobre as taxinomias instituídas.

Em especial sobre o nosso tema, pode-se verificar que o discurso produzido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *habeas corpus* número 126.292 está situado no lado da “nomeação oficial”, refletindo o ponto de vista autorizado de seus agentes autorizados (os ministros), e, sobretudo, o ponto de vista legítimo dos mandatários do Estado.

Os discursos jurídicos empregados pelos ministros (item 3.2) são produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, desse modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.

Lembre-se que em seu voto no HC número 126.292 o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (a) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito

⁵⁸⁴ Idem, p. 14.

em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamenta da autoridade judícia competente; (b) a presunção de inocência é princípio e como tal está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais; e (c) após a condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública⁵⁸⁵. Os dois primeiros fundamentos apresentados são de índole estritamente constitucional e servem para justificar a posição defendida pelo Ministro do STF quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. O terceiro fundamento é de ordem infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Luís Roberto Barroso afirma que ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau, ela se justificaria nos termos da legislação processual ordinária.

No entanto, demonstrando a validade da tese de Bourdieu no tocante a estrutura dos sistemas simbólicos e a forma específica do discurso jurídico, o Ministro Luís Roberto Barroso, extrapolado o *campo* jurídico, mas mesmo assim dotando de “legitimidade oficial de nomeação” seu discurso, evoca, além da conjugação dos fundamentos jurídicos, três fundamentos pragmáticos que reforçam a interpretação que permite a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (b) a redução da seletividade penal; e (c) a quebra do paradigma de impunidade. Tal pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Para Barroso, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: “o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e

⁵⁸⁵ Disponível em: http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=126_292&classe=HC, p. 27. Acesso em 13/06/2016.

o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos”.⁵⁸⁶

A consequência é evidente: o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas⁵⁸⁷.

E mais, o monopólio do Supremo Tribunal Federal (enquanto órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro) favorece um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as instituições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõe e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra.

O mais grave é que a retórica utilizada na decisão do STF, dotada de “neutralidade”, “verdade” e “universalidade”, está longe de ser uma simples máscara ideológica: ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização. O direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este. Convém, com efeito, que nos interroguemos acerca das condições sociais – e dos limites – desta eficácia quase mágica, sob pena de cairmos no nominalismo radical e de estabelecermos que produzimos as categorias segundo as quais construímos o mundo social e que estas categorias produzem este mundo. É isto que explica, finaliza Pierre Bourdieu, “a fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas proféticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juízes, para

⁵⁸⁶ Idem, p. 50.

⁵⁸⁷ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: 2007, p. 212.

o papel de leitor, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la”.⁵⁸⁸

O Supremo Tribunal Federal ao permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória transformou o *homo juridicus* (presumido por lei como não-culpável até julgamento judicial final) em *homo sacer*.

O filósofo italiano Giorgio Agamben, revisitando uma figura do direito romano arcaico na qual o caráter da sacralidade liga-se pela primeira vez a uma vida humana como tal, resgata a noção do *homo sacer*, isto é, a vida de uma pessoa que se situa no cruzamento entre uma matabilidade e uma insacrificabilidade, fora tanto do direito quanto da esfera divina. Uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina. Segundo Agamben os gregos não possuíam um termo único para exprimir o que nós queremos dizer com a palavra vida, pois utilizavam dois termos distintos: *zoé* (para exprimir o simples fato de viver como a todos os seres vivos) e *bíos* (para indicar a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo)⁵⁸⁹.

Na teoria política do mundo clássico, portanto, o homem, assim como os demais seres vivos, é *zoé* (pelo simples fato existir), mas por ser dotado da linguagem, também o é *bíos* (atuante politicamente), sendo a vida natural (vida nua, *zoé*) totalmente excluída na perspectiva clássica da *pólis* propriamente dita, ficando restrita como mera vida reprodutiva.

Ocorre, como lembra Agamben, que uma das características mais marcantes da modernidade foi a inclusão da *zoé* na esfera da *pólis*, a politização da vida nua como tal assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico. No entanto, indaga o filósofo: de que modo a vida nua habita a *pólis*? A resposta para Agamben é que a politização na vida nua é a tarefa metafísica por excelência, na qual se realiza a articulação entre o ser vivente e o *logos*, sendo que a dupla categoria fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas “a vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão. A política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e

⁵⁸⁸ Idem, p. 219.

⁵⁸⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 09.

opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva”.⁵⁹⁰ Por isso Agamben pretende reivindicar tal função essencial na política moderna. A vida matável e insacrificável do *homo sacer*.

Aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *pólis*, em si antiquíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal, decisivo é, sobretudo, o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção⁵⁹¹.

Para Agamben “o estado de exceção, no qual a vida nua era, ao mesmo tempo, excluída e captura pelo ordenamento, constituía, na verdade, em seu apartamento, o fundamento oculto sobre o qual repousava o inteiro sistema político”⁵⁹², afinal o homem como vivente se apresenta não como objeto, mas como sujeito do poder político. Se algo caracteriza, portanto, a democracia moderna em relação à clássica, é que ela se apresenta desde o início como uma reivindicação e uma liberação da *zoé*, que ela procura constantemente transformar a mesma vida nua em forma de vida e de encontrar, por assim dizer, o *bíos* da *zoé* e por trás do longo processo antagonístico que leva ao reconhecimento dos direitos e das liberdades formais está, ainda uma vez, o corpo do homem sacro com o seu duplo soberano, sua vida insacrificável e, porém, matável⁵⁹³.

O *homo sacer*, pois, é essa figura jurídico-política que representa um sujeito que, ao ser declarado *sacer*, é legalmente excluído da *pólis* e do direito. Tal condição de *sacer* impedia que fosse legitimamente sacrificado, mas qualquer pessoa poderia mata-lo sem que a lei a culpasse por isso. A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra.

O primeiro paradigma do espaço político do Ocidente representa aquilo que define a condição do *homo sacer*, nem tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade

⁵⁹⁰ Idem, p. 16.

⁵⁹¹ Idem, p. 16.

⁵⁹² Idem, p. 17.

⁵⁹³ Idem, p. 17.

que lhe é inerente, quanto, sobretudo, “o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto”.⁵⁹⁴ Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução e nem como sacrilégio.

A definição do *homo sacer*, ou seja, a destinação daqueles que são insacrificáveis porém matáveis, está a cargo do soberano que, através do estado de exceção, cria e garantia a situação da qual o direito tem necessidade para a própria vigência. O estado de exceção não é, portanto, “o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex-capere*) e não simplesmente excluída”⁵⁹⁵. A exceção é uma espécie da exclusão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela. Por isso “aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído vem a ser incluído na forma da exceção”.⁵⁹⁶

Segue o filósofo italiano sustentando que a exceção é a própria estrutura fundante da soberania, não podendo esta última ser definida exclusivamente por um conceito político, nem jurídico, nem como potência externa ao direito, nem como norma suprema do ordenamento jurídico, mas sim como estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão. Afinal “aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto para fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem”.⁵⁹⁷ A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o abandono.

Pela lógica da exceção utilizada pelo soberano a lei aplica-se ao *homo sacer* desaplicando-se, o inclui excluindo-o e o exclui incluindo-o. E, como afirma Agamben, nos dois limites extremos do ordenamento, soberano e *homo sacer* apresentam duas figuras simétricas, que têm a mesma estrutura e são correlatas, “no sentido de que soberano é aquele

⁵⁹⁴ Idem, p. 90.

⁵⁹⁵ Idem, p. 25.

⁵⁹⁶ Idem, p. 32.

⁵⁹⁷ Idem, p. 36.

em relação ao qual todos os homens são potencialmente *homines sacri* e *homo sacer* é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos”.⁵⁹⁸

Resta claro que a decisão levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto soberano, institucionalizou, no âmbito do campo penal, a figura do *homo sacer*, uma pessoa que, dotada da presunção de inocência, pode ter sua pena executada provisoriamente, sem a exigência do trânsito em julgado, não lhe sendo cabível os discursos oficiais da pena, nem os requisitos autorizadores das prisões cautelares.

É dizer, nosso *homo sacer* do direito penal está excluído dos discursos e das finalidades da pena criminal, uma vez que sua culpa não está ainda sacramentada, mas incluído no sistema penitenciário nacional, ainda que de forma provisória, mas sem estar submetido as exigências da lei processual penal brasileira.

O Supremo Tribunal Federal criou este terreno incerto e sem nome, uma zona áspera de indiferença, situando os acusados que ainda não possuem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, portanto, não podem estar sujeitos ao regramento da pena criminal, em uma categoria jurídica que está excluída e incluída ao mesmo tempo.

O *homo sacer* criminal pode ser incluído no sistema penitenciário brasileiro, caracterizado pelo próprio STF, ao julgar Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347, como “estado de coisas inconstitucional”, mas está excluído dos centros de sentido para pena, dos sistemas de justificação, dos discursos, uma vez que nos termos da legislação nacional e internacional não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Outrossim, o inteiro teor do julgamento do HC número 126.292, não exige os requisitos da lei processual penal autorizadores das prisões cautelares. É antecipação da pena automática, sem o discurso das teorias da pena, sem os requisitos processuais da medida cautelar.

A tese de Agamben se encaixa perfeitamente: a relação política originária é o estado de exceção como zona de indistinção entre externo e interno, exclusão e inclusão,

⁵⁹⁸ Idem, p. 92.

sendo que o rendimento fundamental do poder soberano é a produção da vida nua como elemento político original e como limiar de articulação entre natureza e cultura, *zoé* e *bíos*⁵⁹⁹.

Slavoj Žizek, analisando o conceito de *homo sacer*, sustenta que a distinção entre os que se incluem na ordem legal e o *homo sacer* não é apenas horizontal, uma distinção entre dois grupos de pessoas, mas, cada vez mais, também a distinção vertical entre as duas formas (superpostas) como se pode tratar as mesmas pessoas, ou seja, “perante a lei, somos tratados como cidadãos, sujeitos legais, enquanto, no plano do obsceno supereu complementar dessa lei incondicional vazia, somos tratados como *homo sacer*”.⁶⁰⁰

O filósofo esloveno denuncia, inclusive, que os tópicos dos direitos humanos, democracia, domínio do direito e outros se reduzem em última análise a uma máscara enganosa para os mecanismos disciplinadores do biopoder⁶⁰¹. Em nosso caso, o princípio da presunção da inocência, apesar de estar “garantido” no plano dos “direitos”, após a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* número 126.292, transformou-se em instrumento ideológico regulador do acesso à dignidade humana das pessoas que respondem a processo criminal no Brasil. Uma nítida manifestação latente do poder punitivo.

Então, como sugere Žizek, talvez o melhor lema para análise contemporânea de tal ideologia seja compreender que se não se pode mudar o conjunto explícito de regras ideológicas, podemos tentar mudar o conjunto subjacente de regras obscenas não escritas⁶⁰².

Desta forma, sob o viés da primeira função de uma teoria crítica, o aspecto causal/estrutural nos permite “dar conta” dos signos culturais a partir dos quais o Supremo Tribunal Federal, ao menos no que concerne na interpretação consignada no julgamento do HC número 126.292, atuou de um modo regulador, com recrudescimento punitivo, em relação à questão do princípio da presunção da inocência. Visibilizamos, pois, a transformação do *homo juridicus* ao *homo sacer*, com a utilização do poder de nomeação atribuído pelo capital simbólico tipicamente funcional na seara jurídica.

⁵⁹⁹ Idem, p. 187.

⁶⁰⁰ ŽIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do Real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 47.

⁶⁰¹ Idem, p. 115.

⁶⁰² Idem, p. 47.

5.4 Desestabilizar: “biopolítica” para levar a cabo uma teoria crítica dos direitos humanos frente ao nó de ambiguidade da subjetividade

Em segundo lugar, o elemento cultural nos capacitará para interpretar o conjunto recebido dos referidos signos produzidos pelo STF e, como consequência de tal interpretação, a possibilidade de capacitarmos para modificar e transformar os conteúdos da ação.

Falamos, assim, do aspecto metamórfico dos processos culturais. Aquela que consideramos a segunda função de uma teoria crítica, qual seja: a tarefa de desestabilizar. Por uma nova (re)criação de valores, rompendo com a concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da adoção de uma consciência crítica e emancipadora, capaz de libertar a multidão oprimida⁶⁰³ para se tornar sujeito absoluto da história.

Como trabalhamos anteriormente em relação a contradição do universalismo de ocasião (item 1.3) vimos que as declarações, os pactos e as convenções assinadas pela comunidade internacional, assim como a Constituição e a legislação interna dos países estão cada vez mais longe de serem efetivadas. Neste avassalador contexto, que, repita-se, a esmagadora maioria da população vive em exclusão social e está apartada do poder econômico, é necessária uma nova concepção que possa potencializar a multidão oprimida e reduzir a desigualdade de poder material no momento de ascender aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para uma vida digna. Especificamente no campo penal, é imperiosa uma nova postura para pensar a situação carcerária que se constitui em uma das questões mais complexas da sociedade brasileira e um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo sistema de justiça penal, pela política criminal e pela política de segurança pública.

Ocorre, destarte, que ao considerarmos como natural, normal e indiscutível a distância existente entre as normas e os fatos (o que se diz e o que se faz em direitos humanos) acabamos consolidando e fortalecendo uma forma de entender a realidade que interessa

⁶⁰³ A expressão é utilizada em analogia ao conceito estabelecido por Antonio Negri no sentido de que a multidão se constitui na subjetividade coletiva que busca se tornar sujeito absoluto dos processos da potência. Neste Sentido: NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 422.

somente àqueles detentores do poder econômico e, por sua vez, prejudica (porque acaba se mantendo como está) os setores desfavorecidos e excluídos da sociedade.

Cumpre destacar, imperiosamente, a importância de uma consciência crítica acerca da atual conjuntura dos direitos humanos para possibilitar a abertura de caminhos à expressão das insatisfações sociais. Sim, pois, a conscientização nos possibilita a inserção no processo histórico e permite a inscrição na busca da afirmação desses direitos em prol da humanidade sofrida. A possibilidade de um diálogo crítico e emancipador em prol de uma luta/movimento social de libertação da classe social que se encontra aliada do poder econômico (multidão oprimida). Uma consciência crítica que contextualize a concepção hegemônica dos direitos humanos (aquela que nos afirma que temos idênticos direitos em razão do seu caráter universal) e exponha a divergência existente entre o discurso e a prática.

A urgente transformação da situação carcerária brasileira só será possível com a capacidade de luta da multidão oprimida em busca da afirmação da subjetividade coletiva e da eliminação das relações desiguais de poder material no momento de acesso aos bens indispensáveis para uma vida digna. O reconhecimento (fático e jurídico) da universalidade dos direitos humanos deve ser entendido sob um enfoque emancipador e libertador para que se possa empoderar novas subjetividades em busca de reconhecimento e poder no seio da sociedade e das instituições. É, destarte, a partir do contexto presente, existencial e concreto e refletindo em conjunto com as aspirações da classe socialmente oprimida (como vimos no item 4.3) e excluía que construiremos uma nova ação política.

Alejandro Médici estabelece quatro princípios “biopolíticos” para levar a cabo uma teoria crítica dos direitos humanos frente ao nó de ambiguidade da subjetividade (*zoé* e *bíos*) característico do poder político da modernidade⁶⁰⁴. O termo biopolítica utilizado por Médici foi emprestado de Michael Foucault que a define como o conjunto de tecnologias do poder que busca fundamentalmente controlar e regular a vida das populações em suas mais variadas etapas, tais como a natalidade, a mortalidade, a saúde, entre outros⁶⁰⁵. Trata-se, pois, de uma nova forma histórica de politizar a vida biológica (*zoé*) na qual se entrelaçam as

⁶⁰⁴ MÉDICI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Edulp, 2011, p. 85-91.

⁶⁰⁵ FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I: la voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI, 1998.

funcionalidades do capitalismo, a biopolítica e a disciplina. Para Foucault, a novidade estratégica da biopolítica a partir dos séculos XVII e XVIII é a perda de sentido da distinção grega entre *bíos* e *zoé* (item 5.3), sendo que tais conceitos se entrecruzam na medida que a *zoé* transforma-se objeto de políticas de administração da vida⁶⁰⁶.

Para o pensador argentino, uma primeira atitude seria representada pela necessidade de se construir uma biopolítica alternativa, de baixo para cima, sendo necessário partir dos sujeitos corporais em sua trama de relações e em suas atividades vitais. Segundo Médici, “usualmente, se parte de un esquema teórico general que sirve para subsumir las situaciones. Es necesario pensar al revés, partir desde las situaciones nos lleva a pensar esquemas teóricos abiertos y flexibles que correspondan a la densidad teórica y a la exigencia ética de las mismas situaciones”.⁶⁰⁷ É que a “caixa de ferramentas” construída em torno da subjetividade atua sob a forma de redes conceituais, articulações e estratégias historicamente contingentes. Tal fator se dá porque a situação de subjetividade sempre é imanente a uma trama de relações e pode deslocar-se entre a sujeição aos dispositivos de poder que nela entram em cena, ou a construção de subjetividade e a composição da potência, do excesso de subjetividades. Por isso, as situações são condensações das relações sociais onde se joga uma certa forma de tensão/articulação entre *zoé* e *bíos*, poder e liberdade:

la posibilidad de la producción, reproducción y desarrollo de la vida y la forma en que la vida biológica es codificada políticamente. En ese sentido, la totalidad está en cierta manera, o puede leerse de cierta forma, desde la situación (...) Esta densidad plantea una exigencia política que deviene exigencia ética: la afirmación de la subjetividad coincide con la proliferación de la vida y de la actividad en un proceso de «autovalorización», frente a los dispositivos que politizan la vida integrándola en estrategias de la masa indiferenciada de la población productora y consumidora.⁶⁰⁸

Dessa forma somos cada vez mais espectadores dos processos vitais. Nossa vida comum se transforma em espetáculo. Precisamos mudar nossa forma de pensar e atuar nestes processos: a teoria do Estado, das relações internacionais, a economia política, o direito, a sociologia nos aparecem como instâncias, habitações separadas, âmbitos de domínio de uma cenografia tradicional, onde as situações aparentam encapsular-se em esferas específicas⁶⁰⁹. Assim, a contradição mostrada por Agamben em seu *homo sacer*,

⁶⁰⁶ Idem, p. 173.

⁶⁰⁷ Idem, p. 85.

⁶⁰⁸ Idem, p. 86.

⁶⁰⁹ Idem, p. 87.

representado pela sacralidade da vida e ao mesmo tempo seu caráter biopoliticamente prescindível, constitui o paradoxo dos direitos humanos que, inicialmente, não são mais que a inscrição da vida nua na ordem jurídica e política.

Uma teoria crítica dos direitos humanos nos mostra que eles são suscetíveis de ressignificação a partir das situações concretas, como um marco significativo possível e disponível publicamente na cultura ocidente, das lutas pela dignidade humana, das práticas de construção de uma biopolítica alternativa, afinal “la verdad del discurso de los derechos humanos, que es en sí mismo ambiguo y manipulable por el poder, solamente se puede verificar por la praxis de las mujeres y los hombres concretos en las situaciones concretas”.⁶¹⁰

Uma segunda atitude para construir uma prática teórica crítica seria adotada pela perspectiva situacional (habitar e compreender), um saber de ação que se inicie desde a compreensão e a concretude da situação, exigindo um compromisso de alcançar e constituir em si mesmo toda a experiência total, rompendo metodologicamente com a lógica teoria e prática, sujeito e objeto e entre investigação e ação.

Assumir a exigência ética das situações requer, segundo Alejandro Médici, o compromisso desde a prática teórica da compreensão das lutas pela dignidade, ou seja, requer a reflexividade em vista da inflexibilidade e aos objetivos emancipatórios de tal prática, afinal toda investigação é para alguém e para algo. Fica claro, assim, “que los regímenes de verdad y los saberes refuerzan las tecnologías y los efectos de poder, en la construcción de una teoría crítica desde las situaciones, los saberes deben ser devueltos a los sujetos que luchan por su dignidad, para reforzar los contrapoderes”.⁶¹¹

O terceiro princípio informa que partir do sujeito corporal nas situações concretas requer uma análise a partir da “violentologia”. É que as manifestações visíveis da violência social são imanentes aos circuitos de violência que articulam suas formas diretas e pessoais, estruturais e simbólico-culturais, e que são tanto desculpa, como meio, como efeito dos dispositivos biopolíticos e disciplinários. Tais circuitos de violência se fazem presentes e se condensam nas mais variadas situações concretas, nos contextos. É urgente e estratégico

⁶¹⁰ Idem, p. 88.

⁶¹¹ Idem, p. 88.

estudar a relação entre as circunstâncias que permitem e fomentam a criação do *homo sacer* e as distintas formas de violência social, uma atuação estratégica.

Compreender e desestabilizar as formas de violência é fundamental para a construção de uma nova política criminal em respeito a execução provisória da pena. Lembramos, com Slavoj Žižek, que temos muito presente que os constantes sinais de violência são atos de crime e terror, distúrbios civis, conflitos internacionais. Mas deveríamos apreender a nos distanciar, separar do “sonho fascinante” desta violência “subjética”, diretamente visível, praticada por um agente que podemos identificar instantaneamente.

No entanto, a violência subjética é simplesmente a parte mais visível de tripé que inclui também dois tipos “objetivos” de violência. Em primeiro lugar, há uma violência simbólica encarnada na linguagem e suas formas (em especial na imposição de certo universo de sentido) e, por segundo, existe outra “sistêmica” que são as consequências, via de regra, catastróficas do funcionamento homogêneo de nossos sistemas econômico e político⁶¹².

A questão está no fato de que as violências subjética e objetiva não podem ser percebidas desde o mesmo ponto de vista, pois:

la violencia subjética se experimenta como tal en contraste con un fondo de nivel cero de violencia. Se ve como una perturbación del estado de cosas ‘normal’ y pacífico. Sin embargo, la violencia objetiva es precisamente la violencia inherente a este estado de cosas ‘normal’. La violencia objetiva es invisible puesto que sostiene la normalidad de nivel cero contra lo que percibimos como subjetivamente violento (...) puede ser invisible, pero debe tomarse en cuenta se uno quiere aclarar lo que de otra manera parecen ser explosiones ‘irracionales’ de violencia subjética.⁶¹³

A lição é, pois, que devemos resistir a fascinação da violência subjética, aquela exercida por sujeitos “malvados”, desestabilizando tal conceito para, ao final, tornar visível também as demais espécies de violência. É dizer, fazer ver que o Supremo Tribunal Federal ao determinar o cumprimento antecipado da pena criminal àqueles sujeitos que ainda não possuem o juízo de culpa formado definitivamente (com trânsito em julgado, portanto) e, assim, destiná-los aquilo que o Ministro Gilmar, no julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347, retratou que “a situação de

⁶¹² ŽIŽEK, Slavoj. *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*. Tradução de Antonio José Antón Fernández. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 10.

⁶¹³ Idem, p. 10.

penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós”.⁶¹⁴ O mesmo ministro que, meses depois, no julgamento do HC número 126.292, considerou que a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal. Uma ideia que não impõe que o acusado seja tratado da mesma forma durante o decorrer do processo, pois conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado⁶¹⁵.

Ou então, que violência maior do que os fundamentos pragmáticos invocados pelo Ministro Luís Roberto Barroso para reforçar a interpretação que permite a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau, como (a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (b) a redução da seletividade penal; e (c) a quebra do paradigma de impunidade. Ora, como vimos (item 4.3), inexistente a “garantia de equilíbrio e funcionalidade” do sistema de justiça criminal. As conclusões do DEPEN indicam que os problemas no sistema penitenciário nacional devem nos conduzir a profundas reflexões, sobretudo em uma conjuntura em que o perfil das pessoas presas é, como veremos adiante, majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda. Ademais, como reduzir a seletividade criminal atropelando as “garantias jurídicas” e determinando o encarceramento (das mesmas pessoas!) de forma antecipada. Que violência simbólica mais visível do que justificar a criação e manutenção de nosso *homo sacer* criminal sob o velho jugo da quebra da impunidade. Mesmo o próprio ministro, meses antes, ter reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional sendo certo das consequências gravíssimas e dramáticas para a sociedade, “pela incapacidade do sistema de tratar essas pessoas com o mínimo de humanidade, o que faz com que os índices de reincidência no Brasil sejam dos mais altos do mundo, simplesmente porque o sistema não é capaz de ressocializar, de humanizar e de dar um mínimo de preparo para essas pessoas quando elas saem do sistema”.⁶¹⁶ E, mais, o Ministro destaca em seu voto a clientela preferencial do sistema penal:

a maior parte das pessoas que está presa no Brasil não está presa nem por crime violento, nem por criminalidade de colarinho branco. Mais da metade da população carcerária brasileira é de pessoas presas por drogas ou presas por furto. E o índice

⁶¹⁴ Idem, p. 137.

⁶¹⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso: 27/07/2016.

⁶¹⁶ Idem, p. 69.

de pessoas presas por colarinho branco - é até constrangedor dizer - é abaixo de 1%, nessas estatísticas globais. Estou fazendo esse argumento um pouco pra demonstrar que prendemos muito - para usar um lugar-comum -, mas prendemos mal. Para não ficar apenas na retórica da frase, estou procurando demonstrar que não prendemos aqueles que a sociedade brasileira considera os seus grandes vilões. O índice de apuração de homicídios no Brasil - esta, sim, uma criminalidade violenta e grave - é de menos de 10%. É uma ínfima quantidade de pessoas que é efetivamente condenada por crimes violentos.⁶¹⁷

A “violentologia”, conforme proposto por Alejandro Médici, contrasta as situações com uma biopolítica alternativa toda vez que se baseia no princípio de evitar todo o sofrimento humano que seja evitável, em face dos recursos materiais e os saberes de que se dispõe, marcando um claro objetivo de potencialidade de satisfação das necessidades que surgem no decorrer da vida humana, pois “toda situación que caiga por debajo de ese umbral, es violencia social, sufrimiento humano evitable, indignidad”.⁶¹⁸

Por fim, o quarto princípio revela que o saber biopolítico alternativo deve servir para construir “dispositivos contrapoder” que integrem a função garantista, alternativa e pluralista do direito. A análise dos circuitos de violência, que correspondem ao funcionamento da biopolítica, serve para traçar um mapa das lacunas, incoerências e contradições da ordem jurídica sob o viés de um pensamento e atuação garantidor.

É que, “desde el referencial teórico del pluralismo, un dispositivo puede articular estratégicamente distintas formas y racionalidades jurídicas. De ahí que la paradoja que encierra la inscripción por medio del derecho de la *zoé* en la *bíos* pueda ser analizada mejor con el enfoque pluralista”.⁶¹⁹ A *bíos* vista como a vida politicamente qualificada aparece na esfera da circulação, fundada sobre a sacralidade da *zoé*, enquanto que esta é submetida no plano da biopolítica e da disciplina para uma administração de normalização. Nesta aporia se encerra a chave que pode ser desenvolvida uma genealogia das formas de politização da vida, que é a premissa fundante de toda teoria crítica dos direitos humanos.

A capacidade de produzir a realidade do discurso dos direitos humanos somente se verifica na prática. Esta análise constitui, então, um saber que reforça um dispositivo de contrapoder, estratégico, interdisciplinário e flexível que tende ao modelo garantista e

⁶¹⁷ Idem, p. 71.

⁶¹⁸ MÉDICI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Edulp, 2011, p. 89.

⁶¹⁹ Idem, p. 90.

alternativo como um modelo de saberes e práticas, mas que também articula e habilita outros campos, como, por exemplo, a organização política, a pedagogia crítica, repertórios de ações, todos eles orientados a abrir espaços de dignidade para a vida, afinal, como conclui Médici, “un dispositivo de contrapoder y los saberes y prácticas que forman su red (políticos, pedagógicos, jurídicos), deben tener capacidad de producir realidad”.⁶²⁰

O modelo garantista referido por Alejandro Médici como último dos princípios vetores para a condução de uma teoria prática dos direitos humanos é aquele proposto originalmente por Luigi Ferrajoli. Um sistema que apresenta dez condições, limites ou proibições identificadas como garantias do cidadão contra o arbítrio ou erro do Estado. Para tal modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua produção e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

Ferrajoli afirma tratar-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável, resultante da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, como: (A1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; (A2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; (A3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; (A4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; (A5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; (A6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; (A7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; (A8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; (A9) princípio do ônus da prova ou da verificação; (A10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade⁶²¹.

Estes princípios, vistos de forma ordenada e conectados sistematicamente, definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo

⁶²⁰ Idem, p. 91.

⁶²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

fundamental do direito penal, uma garantia jurídica (penal e processual) para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena.

É, pois, uma modelo de direito penal que impõe a observância de certos princípios ou axiomas necessários para a atribuição da pena criminal, afinal não se pode atribuir responsabilidade penal sem o preenchimento das condições normativas respectivas. Assim, explica Ferrajoli, “cada uma das implicações deônticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena”.⁶²²

No tocante ao debate específico da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, que autorizou a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, percebe-se a violação ao (A7) princípio da jurisdicionalidade (*nulla culpa sine iudicio*) proposto pelo modelo garantista.

Tal axioma visa proteger e denunciar os usos e abusos judiciários do cárcere antecipado na atuação das suas instituições como meio de administração ordinária da justiça criminal. É que, para Ferrajoli, se a jurisdição é a atividade necessárias para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena, sendo assim “o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (tese T63) – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação”.⁶²³ Trata-se de um corolário lógico do fim racional consignado ao processo.

A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo. Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado⁶²⁴.

⁶²² Idem, p. 90.

⁶²³ Idem, p. 505.

⁶²⁴ Idem, p. 506.

Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito, pois o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. Por isso, segue Luigi Ferrajoli, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Disso decorre, se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias, “que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica segurança fornecida pelo Estado de direito expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica defesa destes contra o arbítrio punitivo”.⁶²⁵

A teoria garantista é um discurso de resistência às tendências (nacionais e transnacionais) no ramo do controle social, reflexo da reengenharia político-econômica. Por esta razão que Salo de Carvalho afirma que, na atualidade, o discurso garantista propõe um saber (jurídico-político) alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado pelos movimentos hipercriminalizadores dos discursos de Lei e de Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva, potencializados pelas ideologias de Defesa Social, sendo que o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova “guerra santa” contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal. Para o penalista brasileiro, “a perda do significado ilustrado do direito e a legitimação de novo irracionalismo, potencializado pelas teses neoliberais de Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, redundando na solidificação de verdade Estado Penal”.⁶²⁶

Apresenta-se, pois, como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações genocidas do direito e do Estado contemporâneo.

O modelo garantista pretende instrumentalizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos baseados no máximo grau de tutela dos

⁶²⁵ Idem, p. 506.

⁶²⁶ CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: 2008, p. 79.

direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com intuito de limitar o poder punitivo e garantindo as pessoas contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou provada. Por se tratar de modelo ideal (e ideológico), apresenta inúmeros pressupostos e consequências lógicas e teóricas, negadas ou desqualificadas por modelos opostos de produção do saber⁶²⁷.

Desta forma, podemos ver que a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso objeto de análise apresentação como intervenção judicial nitidamente com caráter repressivo e com resultado que permite a ampliação da punitividade, e que, ao contrário do que se espera de uma Corte Constitucional na defesa intransigente das garantias, demonstra o rompimento com a legalidade, sob o manto da eliminação da impunidade e do tratamento desigual no campo penal, acarretando violação à dignidade humana daquelas pessoas que ainda não possuem um juízo de culpa definido judicialmente.

Recorde-se que para o Ministro Luís Roberto Barroso, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do Recurso Especial (REsp) e do Recurso Extraordinário (RE) em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, “iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar”.⁶²⁸ A alteração da compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca do momento de início de cumprimento da pena “deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema”.⁶²⁹

Por isso, pontua Salo de Carvalho que a harmonização dos sistemas de garantias com os postulados dos direitos humanos impõe radical inversão da lógica inquisitória, qual

⁶²⁷ Idem, p. 82.

⁶²⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso: 27/07/2016.

⁶²⁹ Idem, p. 52.

seja, em decorrência de as regras formais serem normas de garantia, sua flexibilização ou ruptura, por si só, indicaria a nulidade, cabendo ao órgão acusador a demonstração da não causação do prejuízo e o consentimento da defesa para que haja sua convalidação⁶³⁰.

5.5 Transformar: a riqueza humana como ferramenta das classes subalternas em busca de uma práxis teórica e política alternativa

Em terceiro lugar, entender as questões de direitos humanos como produtos culturais nos conduzirá para, após a realização das duas funções anteriores, a possibilidade de transformar os contextos de atuação e promover assim maior acesso à dignidade humana da multidão oprimida. Eis, então, o aspecto interativo. Aquela que consideramos a terceira função de uma teoria crítica: transformar os marcos concretos, reais e materiais que subjazem a toda ação humana. Impulsionar a vontade humana de construção de novas realidades, de novas significações que enxerguem as sociedades e os indivíduos como “fazendo-se a si mesmos”, de potencializar o anel de transformação que nos permita, não somente criar as leis que nos regem, senão também possibilitem a tomada de consciência de nossa capacidade genérica de fazer, de construir novas valores e sentidos insurgentes frente a toda concepção estreita, fechada e excludente da vida humana em sociedade.

É que o funcionamento dos “signos” culturais levará, nos processos de construção e intercâmbio, logo após dar-nos conta do real (aspecto causal) e interpretar o conjunto recebido (aspecto metamórfico), a atuar, de forma coletiva, na realidade em que vivemos.

No entanto, o que faz uma consciência e uma teoria crítica ser emancipadora? Como podemos abordar a posição do Supremo Tribunal Federal no HC número 126.292 de forma a permitir um maior acesso à dignidade humana àquelas pessoas afetadas por tal decisão? Qual posicionamento devemos assumir perante essa questão?

Não podemos esquecer que toda classe ou instituição formula suas pretensões em nome da humanidade, que toda “ideologia hegemônica pretende justificar os interesses subjacentes sob a forma do universal e toda cultura dominante exige a aceitação geral de seus

⁶³⁰ Idem, p. 98.

pressupostos básicos”.⁶³¹ Mas, diante dessa visão social do mundo, resta indagar: existe um critério de avaliação suficientemente amplo que permite afirmar ou negar a generalidade de um direito, de uma teoria ou de uma prática social, e suficientemente concreto, capaz de repudiar qualquer transcendência que se situa além do que somos e onde estamos?

A saída é, pois, construir critérios que nos permitam abordar as situações de crise de um modo emancipador. Como vimos (item 3.2.3), o voto do Ministro Luís Roberto Barroso fixou a tese de que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio de inocência ou da não culpabilidade foi estruturado em três partes. A primeira parte cuida do “delineamento da controvérsia”, a segunda sobre os “fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau” e, por fim, a terceira parte do voto expõe os “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento”. Em relação ao debate jurídico, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (a) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judícia competente; (b) a presunção de inocência é princípio e como tal está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais; e (c) após a condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública. Já para os fundamentos pragmáticos, a motivação foi (a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (b) a redução da seletividade penal; e (c) a quebra do paradigma de impunidade.

Eis, portanto, os critérios de valor (ainda que encobertos pelo “poder de nomeação” inerente a própria instituição enquanto “reveladora” do direito) utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para determinar a execução antecipada da pena criminal. Já dissemos, ademais, que tal critério obedece aos fundamentos da própria lógica econômica atual, direcionando suas baterias punitivas à neutralização das “classes perigosas”. Isto ocorre justamente porque a violência revela-se uma poderosa força produtiva, posto que assegura e reproduz as práticas e instituições necessárias ao desenvolvimento da economia e da exploração capitalistas (item 4.1.4), afinal a decisão do STF atinge, como reconhecido pela

⁶³¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso: breve tratado sobre a arte e a dignidade*. Tradução de Nilo Kaway Junior. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007, p. 124.

própria Corte, uma minoria invisível, uma minoria não representada politicamente, uma minoria incapaz de vocalizar, em qualquer foro relevante, as suas demandas, as suas necessidades, entendendo Luís Roberto Barroso ser a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria, “a justificar a atuação do Judiciário, o preso está preso por uma decisão do Estado, ele está sob uma relação especial de sujeição para com o Estado. Portanto, o Estado tem deveres mínimos de proteção em relação a esse indivíduo”.⁶³²

O resultado da adoção destes critérios de valor é nitidamente regulador e repressivo, não representando, em momento algum, avanço no reconhecimento da dignidade humana da multidão oprimida, até porque, repita-se (item 4.3), o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão ligado ao Ministério da Justiça do Brasil, com seus dados atualizados até junho de 2014, revela que o contexto atual da situação carcerária se constitui em uma das questões mais complexas da sociedade brasileira e um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo sistema de justiça penal, pela política criminal e pela política de segurança pública, revelando, entre outras consequências, que os índices gerais de saúde e incidência de doenças são alarmantes. Segundo o levantamento Infopen foram identificadas 2.864 pessoas portadoras do vírus HIV. Esse total representa 1,21% do total de presos nas unidades que informaram o dado, o que equivale a uma taxa de incidência de 1215,5 pessoas soropositivas para cada cem mil presos, proporção sessenta vezes maior que a taxa da população brasileira total, de 20,4. A taxa de pessoas presas com tuberculose é de 940,9, ao passo que na população total é de 24,4, frequência 38 vezes menor. Já a taxa de mortes intencionais é de 8,4 mortes para cada dez mil presos em um semestre, “o que corresponderia a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em um ano. Esse valor é mais do que seis vezes maior do que a taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil em 2013”.⁶³³

⁶³² Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso: 27/07/2016.

⁶³³ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopennesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27/07/2016.

Joaquín Herrera Flores nos propõe a adoção do critério da riqueza humana como forma de entender os direitos humanos compatível com um sistema concreto de garantias. Nossa busca consiste em achar um critério que expresse a necessidade humana de caminhar até o propriamente humano. Ou seja, a vida, a ação e a luta pela dignidade. Pensar os direitos unicamente a partir de uma de suas faces é deixá-lo em mãos do mais forte. Fazer reluzir a outra face, o outro rosto dos direitos, supõe dar voz aos excluídos, aos dominados⁶³⁴.

Assim, para o filósofo espanhol, o critério que nos vai servir para um apelo não colonialista nem imperialista do humano é o da riqueza humana. Este critério se aplica do seguinte modo: “a) o desenvolvimento das capacidades e b) a construção de condições que permitam a real apropriação e desdobramento de tais capacidades por parte dos indivíduos, grupos, culturas e qualquer forma de vida que conviva em nosso mundo”.⁶³⁵

Um critério que nos permita construir valores emancipadores e que reequilibre a relação de potência entre o soberano e os indivíduos e, além disso, crie condições para que as pessoas e os grupos possam desenvolver suas capacidades e potencialidades para poder apropriar-se. A partir deste critério de riqueza humana podemos propor valores que potencializem o desenvolvimento de capacidade e a apropriação de tais capacidades.

É, pois, uma decisão ética, e não científica, um compromisso que aposta em uma teoria e uma prática que permita o desenvolvimento das capacidades e a apropriação por parte das pessoas e dos grupos de tais capacidades.

Especificamente ao campo penal, Antonio Suxberger afirma ser o critério de valor da riqueza humana o que deve informar o processo de ponderação, avaliação e seleção de bens hábeis a reclamar a proteção penal, afastando, assim, a eleição de valores ou critérios ascéticos ou esvaziados de sentido e concreção, para permitir a avaliação e comparação das situações de choque ou conflito que envolvem toda a discussão sobre a criminalização e descriminalização de condutas⁶³⁶. O jurista brasileiro se refere, neste ponto, ao processo de

⁶³⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso: breve tratado sobre a arte e a dignidade*. Tradução de Nilo Kaway Junior. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007, p. 121.

⁶³⁵ Idem, p. 121.

⁶³⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 129-130.

criminalização primária e a própria definição da ideia do bem jurídico-penal como função de limitador e justificante da atuação legislativa na definição da própria intervenção penal.

No entanto, Suxberger estende a aplicação do critério de valor da riqueza humana também para as próprias práticas de criminalização secundária e terciária, justamente “para evitar práticas sociais regulatórias, contraditórias com um compromisso de emancipação social e de propostas de empoderamento (...) há de se reconhecer que a resposta penal se justificará quando disser respeito à realização de potencialidades humanas”.⁶³⁷

Isto é, quando a intervenção do mais grave instrumento de controle social, que é o direito penal, se prestar como condição jurídica e social para apropriação e desenvolvimento de capacidades por sujeitos individuais ou coletivos.

Por isso, finaliza Antonio Suxberger, reconhecendo que as respostas jurídicas estão longe de ser a única ferramenta de garantia e concretização dos direitos humanos, a resposta penal, como espécie de controle social que é, substancia apenas a faceta jurídica de garantia de um direito maior que reclama a incidência dessa espécie de controle social, somente “se tal resposta só será justificada quando vista como condição para o desenvolvimento de capacidades humanas, cumpre, então, visualizar um direito de caráter coletivo, social, que justifique tão grave resposta”.⁶³⁸

Tal adoção do critério de valor da riqueza humana é essencial no campo penal, porquanto, na lição de Alessandro Baratta, a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade. Por sua vez, a multidão oprimida se ocupa em uma luta radical contra os comportamentos socialmente negativos, isto é, na superação das condições próprias do sistema capitalista. Baratta propõe a adoção do ponto de vista das classes subalternas como garantia de uma práxis teórica e política alternativa, em especial, “no deslocamento da atual política criminal em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente

⁶³⁷ Idem, p. 132-133.

⁶³⁸ Idem, p. 133.

deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização, mas socialmente muito mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido”.⁶³⁹

Os delitos comumente perseguidos constituem reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição de riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista, afinal é “natural” que as classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam mais particularmente expostas a esta forma de desvio⁶⁴⁰. Lembre-se que no Brasil, como vimos (item 4.3.2), os dados do Infopen/2014 mostram que quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio e o tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes informados. Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%. Vê-se, pois, que os delitos perseguidos no país se restringem aos crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas, buscando as zonas sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista.

Aliás, o caso que alterou o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução antecipada da pena se referia a condenação pela prática de crime de roubo (item 3.2.2). E, pior, os fundamentos pragmáticos que fundamentaram a decisão dos Ministros do STF para permitir a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau versavam sobre (a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (b) a redução da seletividade penal; e (c) a quebra do paradigma de impunidade.

Ora, como “garantir o equilíbrio do sistema de justiça criminal”, a “redução da seletividade” e a “impunidade” se o caso concreto em que foi tomada a decisão (e, portanto, aplicada seus efeitos práticos) reflete justamente o segundo crime mais perseguido no Brasil (representando 21% das pessoas presas) e a conduta desviante é tipicamente funcional ao sistema capitalista. A postura da Corte Suprema está, de fato, contribuindo para a manutenção dos próprios vícios que ela pretende sanar. O novo entendimento, uma vez incorporado pelas instâncias judiciais inferiores, reforçará o desequilíbrio do sistema de justiça

⁶³⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 198.

⁶⁴⁰ Idem, p. 198.

criminal, a seletividade e a impunidade daquelas condutas que, embora mais nocivas a sociedade, seguem se mantendo seguras por conta do próprio sistema capitalista.

Assim, o critério de valor da riqueza humana, ao permitir o desenvolvimento das capacidades e a construção de condições que permitam a real apropriação e desdobramento de tais capacidades por parte dos indivíduos, grupos, culturas e qualquer forma de vida que conviva em nosso mundo, é fundamental enquanto ponto de vista do interesse das classes subalternas para o campo específico da teoria do desvio e da criminalização, como “garantia de uma práxis teórica e política alternativa que colha pela raiz os fenômenos negativos examinados e incida sobre suas causas profundas”.⁶⁴¹

Alessandro Baratta indica quatro indicações estratégicas para a elaboração e o desenvolvimento de uma política criminal das classes subalternas⁶⁴²:

(i) a inserção do problema do desvio e da criminalidade na análise da estrutura geral da sociedade deriva, se nos referimos à estrutura da sociedade capitalista, a necessidade de uma interpretação separada dos fenômenos de comportamento socialmente negativo que se encontram nas classes subalternas e dos que se encontram nas classes dominantes, sendo os primeiros expressões específicas das contradições que caracterizam a dinâmica das relações de produção e de distribuição, em determinada fase do desenvolvimento da formação econômico-social, na maioria dos casos uma resposta individual e politicamente inadequada àquelas contradições, por parte de indivíduos socialmente desfavorecidos. Os segundos são estruturados à luz da relação funcional que intercorre entre processos legais e processos ilegais da acumulação e da circulação do capital, e entre estes processos e a esfera política. Para Baratta a perspectiva de fundo desta política criminal é radical porque procede de uma teoria “que reconhece que a questão penal não está somente ligada a contradições que se exprimem sobre o plano das relações de distribuição, e não é, por isso, resolúvel, atuando apenas sobre estas relações, para corrigi-las, mas liga-se, sobretudo, às contradições estruturais que derivam das relações sociais de produção”.⁶⁴³

⁶⁴¹ Idem, p. 199.

⁶⁴² Idem, p. 200-205.

⁶⁴³ Idem, p. 201.

(ii) a crítica do direito penal como direito desigual derivam das consequências de dois perfis, o primeiro refere-se à ampliação e ao reforço da tutela penal em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade, dirigindo os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada. O segundo perfil refere-se a uma obra radical e corajosa de despenalização, de contração ao máximo do sistema punitivo, com a exclusão, total ou parcial, de inumeráveis setores que enchem os códigos. Tudo para proporcionar uma abertura de maior espaço de aceitação social do desvio.

(iii) uma análise realista e radical das funções efetivamente exercidas pelo cárcere, isto é, a consciência do fracasso histórico desta instituição para os fins de controle da criminalidade e de reinserção do desviante na sociedade, do influxo não só no processo de marginalização de indivíduos isolados, mas também no esmagamento de setores marginais da classe social historicamente desfavorecida nas relações sociais, não podendo, assim, “deixar de levar a uma consequência radical na individualização do objetivo final da estratégia alternativa: este objetivo é a abolição da instituição carcerária. A derrubada dos muros do cárcere tem para a nova criminologia o mesmo significado programático que a derrubada dos muros do manicômio para a nova psiquiatria”.⁶⁴⁴

(iv) enfim, no interior de uma estratégia político-criminal radicalmente alternativa, deveria se ter na máxima consideração a função da opinião pública e dos processos ideológicos e psicológicos que nesta se desenvolvem, em sustentação e legitimação do vigente direito penal desigual e na manutenção do senso comum.

Tal efeito é designado por Zaffaroni como “criminologia midiática” ao afirmar que as pessoas, em geral, tem a visão da questão criminal que é construída pelos meios massivos de comunicação através de “una creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en causalidad mágica”⁶⁴⁵. Referida estratégia de

⁶⁴⁴ Idem, p. 203.

⁶⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012, p. 216.

construção da realidade não é inovadora, apesar de possuir atualmente características próprias típicas do neopunitivismo que se expande no mundo globalizado.

A principal característica da “criminologia midiática” é criar a realidade de um mundo de “pessoas decentes” frente a uma “massa de criminosos” identificada através de estereótipos que configuram um “eles” separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de “diferentes” e “malvados”. Aqueles que nos referimos como *homo sacer* criminal, ou como explica o maestro argentino, “este ellos dibuja un mundo de nosotros los buenos y ellos malos, que no deja espacio para la neutralidad, como no lo hay en la guerra. La prudencia no tiene espacio en la criminología mediática, toda tibieza es mostrada como complicidad con el crimen, con el enemigo, porque construye un mundo bipolar y macizo”.⁶⁴⁶

Se nossa teoria crítica dos direitos humanos pretende ser capaz de penetrar na lógica das contradições que a realidade social apresenta e de captar as necessidades dos indivíduos e da comunidade no seu contexto, com fim de orientar a ação em busca da superação destas contradições e do implemento da dignidade humana, não podemos nos limitar somente a função de descrição (visibilizar) das relações social de desigualdade que o sistema penal reflete (desestabilizar), senão propor uma nova forma de entender e pensar tais lutas a partir de um conceito de critério de valor que permita a compreensão das desigualdades e a apropriação dos espaços e direitos negados (transformar).

Enfim, nossa tarefa é contribuir na formação de uma política criminal alternativa em relação ao direito penal desigual, com o fim de promover uma reforma profunda do processo, da organização judiciária, da polícia, visando democratizar estes setores do aparato punitivo do Estado, para contrastar, também de tal modo, os fatores da criminalização seletiva que operam nestes níveis institucionais, em nosso caso, a mais alta corte judicial do Brasil.

5.6 Palavras finais: máquina da desigualdade

No presente capítulo objetivamos demonstrar, sob a rubrica das pautas e das funções de uma teoria crítica e compromissada dos direitos humanos, vias de ações capazes de colocar em marcha processos culturais como prática social, como expressão axiológica,

⁶⁴⁶ Idem, p. 222.

normativa e institucional que, em cada contexto, abram e consolidem espaços de luta por uma vida mais digna. Trata-se da emancipação do *homo sacer* criminal em sua condição de alienado e subordinados aos processos de divisão social típicos do funcionamento do sistema capitalista, da sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico.

CONCLUSÃO

A presente tese doutoral se propôs a analisar o funcionamento do poder punitivo enquanto sistema gestor do tecido social que, por meio da substituição das ações democráticas e políticas, impõe um estado permanente de polícia com nítida tendência ao absolutismo. O objeto de estudo ficou circunscrito à decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro no *habeas corpus* número 126.292 que admitiu a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Partimos da hipótese de que os discursos legitimadores (manifestos) do modelo punitivo, ao afirmarem que a punição é a única saída para o combate da emergência e do inimigo, justamente reforçam àquilo que, de fato, tal sistema se propõe, o fato de que a própria narrativa serve como justificção para criar um estado de paranoia coletiva que autoriza o exercício ilimitado e desenfreado do poder punitivo (fim latente).

Nosso problema de pesquisa se traduziu no questionamento para saber se a decisão do STF que adotou uma drástica medida de política criminal operou de forma emancipadora ou reguladora em relação as garantias conferidas aos indivíduos como proteção aos atos do Estado. E, ainda, se o critério de valor adotado pela Suprema Corte favoreceu o desenvolvimento de capacidades por partes das pessoas e grupos vulneráveis ou debilitou tal sistema protetivo. Buscamos no discurso justificacionista da punição colocado em prática pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto instituição judicial do sistema penal, revelar a atuação do aparelho canalizador da vingança instrumentalizado pelo Estado, no julgamento que admitiu a execução da pena criminal antes do julgamento definitivo do réu.

Assim, em sede de conclusão, podemos afirmar, com tudo aquilo que desenvolvemos na tese doutoral, que o critério de valor (ainda que encobertos pelo “poder de nomeação” inerente a própria instituição enquanto “reveladora” do direito) utilizado pelos ministros do STF para determinar a execução antecipada da pena criminal obedece aos fundamentos da própria lógica econômica atual, direcionando suas baterias punitivas à

neutralização das “classes perigosas”. O resultado da adoção desse critério de valor é nitidamente regulador e repressivo, não representando, em momento algum, avanço no reconhecimento da dignidade humana da multidão oprimida.

Como vimos, o discurso produzido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *habeas corpus* número 126.292 reflete o ponto de vista autorizado de seus agentes, e, sobretudo, o ponto de vista legítimo dos mandatários do Estado, sendo produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, desse modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.

Lembre-se que o STF justificou a execução provisória da prisão pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (a) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judícia competente; (b) a presunção de inocência é princípio e como tal está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais; e (c) após a condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública.

Os dois primeiros fundamentos apresentados são de índole estritamente constitucional e servem para justificar a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. O terceiro fundamento é de ordem infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública para assegurar a credibilidade do Judiciário e do sistema penal.

Outrossim, a Corte Suprema, em específico o discurso jurídico do Ministro Luís Roberto Barroso, que extrapola o *campo* jurídico (mas mesmo assim dotando de “legitimidade oficial de nomeação”), evoca, além da conjugação dos fundamentos jurídicos, três

fundamentos pragmáticos que reforçam a interpretação que permite a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (b) a redução da seletividade penal; e (c) a quebra do paradigma de impunidade. Tal pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Para o ministro, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: (i) o incentivo à interposição de recursos protelatórios; (ii) o reforço à seletividade do sistema penal; e (iii) o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas. O monopólio do Supremo Tribunal Federal (enquanto órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro) favorece um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as instituições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõe e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra.

O mais grave é que a retórica utilizada na decisão do STF, dotada de “neutralidade”, “verdade” e “universalidade”, está longe de ser uma simples máscara ideológica: ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização. O direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este. Convém, com efeito, que nos interroguemos acerca das condições sociais – e dos limites – desta eficácia quase mágica, sob pena de cairmos no nominalismo radical e de estabelecermos que produzimos as

categorias segundo as quais construímos o mundo social e que estas categorias produzem este mundo. O Supremo Tribunal Federal ao permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória transformou o *homo juridicus* (presumido por lei como não-culpável até julgamento judicial final) em *homo sacer*.

Resta claro que a decisão levada a efeito pelo STF, enquanto soberano, institucionalizou, no âmbito do campo penal, a figura do *homo sacer*, uma pessoa que, dotada da presunção de inocência, pode ter sua pena executada provisoriamente, sem a exigência do trânsito em julgado, não lhe sendo cabível os discursos oficiais da pena, nem os requisitos autorizadores das prisões cautelares. É dizer, nosso *homo sacer* do direito penal está excluído dos discursos e das finalidades da pena criminal, uma vez que sua culpa não está ainda sacramentada, mas incluído no sistema penitenciário nacional, ainda que de forma provisória, mas sem estar submetido as exigências da lei processual penal brasileira.

O Supremo Tribunal Federal criou este terreno incerto e sem nome, uma zona áspera de indiferença, situando os acusados que ainda não possuem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, portanto, não podem estar sujeitos ao regramento da pena criminal, em uma categoria jurídica que está excluída e incluída ao mesmo tempo.

Para denunciar tal lógica, tivemos que compreender os direitos humanos na atualidade e ser conscientes das relações de força que se dão entre atores sociais e as possibilidades ou obstáculos postos a formas organizativas alternativas. Tais características são próprias da nova fase de apropriação do capital e estão provocando uma mudança importante na consideração dos direitos humanos, especialmente, no nível jurídico, com a crise do direito nacional nos direitos humanos (enfraquecimento da soberania dos Estados nacionais) e, no nível ideológico, com a globalização da ideologia-mundo.

É que a história das políticas sociais e criminais modernas se caracteriza, entre outros aspectos, por seu caráter limitado, excludente e seletivo, tanto de um ponto de vista espacial como dos sujeitos abarcados por elas. A pretensa universalidade abstrata que reconhece os direitos a todos os seres humanos por natureza e pelo simples fato de terem nascido surgiu em determinado contexto histórico (trânsito para a modernidade e desenvolvimento do sistema capitalista) que atualmente não nos serve para compreender e atuar sobre a realidade social existente. Por trás de toda e qualquer norma jurídica de

pretensão universal existem interesses (particulares ou não) concretos que (sempre) reclamam ser parte constitutiva de um novo sentido do humano que não descanse somente no reconhecimento do comum-coletivo, senão que estendam ao âmbito da diferença.

Eis a importância de uma consciência crítica acerca da atual conjuntura dos direitos humanos para possibilitar a abertura de caminhos à expressão das insatisfações sociais e humanas. A conscientização nos possibilita a inserção no processo histórico e permite a inscrição na busca da afirmação desses direitos em prol da humanidade sofrida. A possibilidade de um diálogo crítico e emancipador em prol de uma luta/movimento social de libertação da classe social que se encontra alijada do poder econômico e, em específico ao campo penal, é selecionada por meio de critérios úteis ao capital.

A urgente transformação das estruturais sociais só será possível com a capacidade de luta da multidão oprimida em busca da afirmação da subjetividade coletiva e da eliminação das relações desiguais de poder material no momento de acesso aos bens indispensáveis para uma vida digna. O reconhecimento da universalidade dos direitos humanos deve ser entendido sob um enfoque emancipador e libertador para que se possa empoderar novas subjetividades em busca de reconhecimento e poder no seio da sociedade e das instituições.

Uma consciência crítica que se traduza em ação e prática revolucionária, na qual irão se transformar o contexto, as condições sociais, as estruturas, o Estado, a sociedade, a economia e os próprios indivíduos (autores da ação).

Como apontamos, faz-se necessária uma construção alternativa ao modo de conceituar, pensar e atuar os direitos humanos. Uma nova perspectiva que seja capaz de instrumentalizar a luta pela dignidade enquanto componente universal.

Se os direitos humanos constituem o principal desafio de nosso século e o atual contexto social, econômico, político e cultural revela o fracasso da universalidade desses direitos. É imperioso reconhecer que a temática dos direitos humanos no mundo contemporâneo passa necessariamente por sua redefinição teórica, para desestabilizar a concepção hegemônica dos direitos humanos por meio da adoção de uma teoria crítica que entende os direitos humanos como processos de luta e consolidação dos espaços da dignidade humana, para que se possa alcançar o universalismo de chegada em prol de melhores

distribuições das riquezas e da eliminação das múltiplas exclusões nas quais vive a maioria dos seres humanos. Entender os direitos humanos como produtos culturais que possibilitam processos de reação alternativa e contextualizada aos entornos de relações em que vivemos.

Acreditamos que se uma teoria – por qualquer que seja – não servir para a análise das realidades concretas e para a emancipação da multidão oprimida, ela deve ser considerada uma teoria amputada que não cumpre seu objetivo, que perdeu seu objeto e pratica formalismos extremos que a impede de realizar o empoderamento (sua missão final).

Contudo, não é, portanto, que sejam verdadeiros seus resultados, senão que parecem cumprir-se quando se imagina e conceitualiza consistentemente uma área da realidade desde de certos pressupostos que foram sugeridos por eventos fáticos ou fatos que levantam perguntas que são contestadas hipoteticamente.

Desta maneira, resta evidente que as teorias, quaisquer que sejam, formam parte do social e do humano, surgindo desde a realidade social e contribuindo de diversas formas com a reprodução da ordem que as requer e as legitima, podendo ser politicamente funcionais ou disfuncionais. No entanto, as teorias não podem deixar de cruzar-se com a realidade ou, melhor dito, não se cruzam com ela porque são constitutivas de sua representação e reprodução humana e porque são constituídas por e para esta realidade.

De fato, se os direitos humanos não “caem do céu” e tampouco são uma projeção de uma metafísica da dignidade humana, necessitamos, assim, entender os direitos humanos não só pela concepção tradicional (e hegemônica) que dita seu conceito universal e natural, mesmo quando grande parte da população é excluída do processo social, mas, ao contrário, compreender que não há somente uma única teoria sobre esses direitos e que podem coexistir várias concepções e entendimentos diferentes.

As garantias jurídicas e as políticas públicas não podem ser uniformes e sequer tratar os titulares de direitos como meros objetos de intervenção, mas sim, ao contrário, devem se adequar as reais e concretas situações.

Os direitos humanos devem ser compreendidos não como um dado histórico e sim um construído, uma invenção (e intervenção) humana em constante processo de construção

e reconstrução, ou seja, uma racionalidade de resistência na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.

Nos filiamos a teoria crítica dos direitos humanos, proposta por Joaquín Herrera Flores, que pretende fugir desse círculo vicioso em que nos encerra o aparente simplismo da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Uma teoria crítica que conceba e reflexione sobre os direitos na possibilidade de melhor distribuição da riqueza, de um melhoramento da relação dos explorados do sistema e, por fim, da eliminação das múltiplas formas de exclusão em que vivem os seres humanos. A luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta por democracia e justiça. Os direitos humanos entendidos como prática social, como expressão axiológica, normativa e institucional que, em cada contexto, abre e consolida espaços de luta por uma vida mais digna, não se reduzem a um único momento histórico e a uma única dimensão jurídico-procedimental.

A proposta é, pois, um conceito de direitos humanos que se traduza mais do que o conjunto de normas formais (internacionais e nacionais) que os declarem. É dizer: os direitos humanos não se limitam aos tratados, declarações e constituições nacionais, mas, sim, resultado de lutas sociais e coletivas que buscam a construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam a subjetividade coletiva se tornar sujeito absoluto dos processos de potência, com suas pretensões e respeito, levando a cabo lutas de caráter emancipatório e, sobretudo, abrindo espaços para um diálogo libertador (e de confrontação),

Uma luta pela construção de condições (materiais e imateriais) necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do alcance do sistema estatal, por meio de atores e mobilização social como sujeitos coletivos para colocar em funcionamento práticas sociais dirigidas para a transformação da atual realidade nacional.

Desta forma, as bases de nossa teoria crítica dos direitos humanos estariam esquematizadas em cinco pontos básicos assim reproduzidos:

Primeiro, devemos começar reconhecendo que nascemos e vivemos com a necessidade de satisfazer conjuntos culturalmente determinados de bens materiais e imateriais e, dependendo do entorno de relações nas quais vivamos, serão os bens a que tentamos ter acesso. Mas, em primeiro lugar não são os direitos, são os bens.

A adoção da teoria crítica dos direitos humanos proposta pretende fugir do círculo vicioso que nos encerra o aparente simplismo da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Os três níveis de trabalho (“o quê” dos direitos; “por quê” dos direitos; e “para quê”) revelam que os direitos humanos – mais que direitos propriamente ditos – são processos, é dizer, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens indispensáveis para a vida.

Lembre-se que a questão da proibição da execução da pena de prisão após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição está assegurada por vários “direitos”, de cunho nacional e internacional. No entanto, o “bem” presunção da inocência (e todos aqueles violados em decorrência da execução provisória da condenação), após a decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* número 126.292, não está ao alcance efetivo.

No plano nacional, o “direito” à presunção da inocência está “garantido” na Constituição Federal de 1988 ao afirmar, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Na mesma linha da Constituição Federal, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece em seu artigo 283 que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

No plano internacional, o “direito” à presunção da inocência está “protegido” pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que afirma em seu artigo 11.1: “toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 14.1, expõe que “qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), de 1969, prescreve em seu artigo 8.1, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Frise-se, ainda, que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos foram promulgados internamente e, nos termos do artigo 5, §2º, da Constituição Federal, integram o sistema de garantias do sistema constitucional brasileiro, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido que tais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, concluindo que as leis ordinárias, anteriores ou posteriores aos tratados, que com eles confrontarem, não terão eficácia jurídica naquilo em que conflitarem.

Por isso, nós não começamos pelos “direitos”, mas sim pelos “bens” exigíveis para se viver com dignidade, afinal estamos diante de bens que satisfazem necessidades, e não de um modo “a priori” perante direitos, os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens.

As normas jurídicas resultantes nos servirão para garantir – de modo não neutro – determinado acesso a tais bens. Porém, daí também seu caráter instrumental e seu apego aos interesses e às expectativas de quem ostenta a hegemonia na sociedade de que se trata.

Segundo, devemos ter em conta que temos de satisfazer nossas necessidades imersos em sistemas de valores e processos que impõe um acesso restringido, desigual e hierarquizado aos bens, sendo este fato materializado ao longo da história por meio de marcos hegemônicos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

Conforme vimos anteriormente, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com seus últimos dados atualizados até junho de 2014, revela que o contexto atual da situação carcerária se constitui em uma das questões mais complexas da sociedade brasileira e um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo sistema de justiça penal, pela política criminal e pela política de segurança pública. As conclusões do DEPEN indicam que os problemas no sistema penitenciário nacional devem nos conduzir a profundas reflexões, sobretudo em uma conjuntura em que o perfil das pessoas presas é majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda. O diagnóstico realizado e divulgado no Infopen nos permite uma análise da realidade do sistema penitenciário brasileiro e, em específico, de nossa categoria das “posições” para visibilizar a posição desigual de poder material em que os “encarcerados” estão situados para ascender aos bens indispensáveis à dignidade humana.

Assim, tal posição – que é subordinada pelos processos de divisão do fazer humano – determina clara e inequivocamente a forma a partir da qual as pessoas encarceradas no Brasil acessam aos bens necessários para viver com dignidade.

Terceiro, a história dos grupos marginalizados e oprimidos por esses processos de divisão do fazer humano é a história do esforço para levar adiante práticas e dinâmicas sociais de luta contra esses mesmos grupos. Daí corresponder a nós pôr as frases dos direitos, mas admitir que a verdade deles reside em lutas raramente recompensadas com o êxito.

Reafirmamos que o cárcere forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente, sendo operado pelo sistema penal enquanto nítida manifestação de poder para a construção da hegemonia e servindo como uma das diversas ferramentas utilizadas pelo controle social para produzir as mais variadas formas de dominação e exploração de determinados grupos e dimensionar sua relação com o poder.

O interesse de classes imprime a cada sistema penal a marca da concretização histórica e somente com o completo aniquilamento das classes é que se permitirá a criação de um sistema penal imune a todo elemento antagônico. O direito penal, desta forma, pertence à superestrutura jurídica na medida em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental que está subordinada a sociedade moderna: a troca de equivalentes e todas suas consequências. Ou, em outros termos, o direito penal é uma forma de relação entre sujeitos egoístas isolados, portadores de interesses privados autônomos, sendo que os conceitos de crime e castigo são definições necessárias ao funcionamento deste tipo de forma jurídica.

Reconstruir, pois, as vicissitudes relevantes desta sociedade equivale a recorrer a história dos problemas de ordem e controle social deste mesmo tecido social. Até porque o delito, e mais em geral as questões sobre as diversas alterações e desobediências à ordem social, estão sempre presentes em todas as partes de cada sociedade.

As funções históricas do cárcere na produção e no controle dos grupos marginalizados (classe operária), e na criação do universo disciplinar de que a moderna sociedade industrial tem necessidade, são elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, a uma economia política da pena, uma vez que sob o viés institucional, o sistema

capitalista pressupõe uma maior exigência de disciplina e de repressão, com a finalidade primordial de conter a incontrolável tensão das massas marginalizadas.

Quarto, o objetivo fundamental de tais lutas não é outro que poder viver com dignidade, o que, em termos materiais, significa generalizar processos igualitários (e não hierarquizados “*a priori*”) de acesso aos bens materiais e imateriais que levam a dignidade.

Quinto, se temos o poder político e legislativo necessários para estabelecer sistemas de garantias (econômicas, políticas, sociais e, sobretudo, jurídicas) que comprometam as instituições nacionais e internacionais ao cumprimento daquilo conquistado por essas lutas pela dignidade de todos e todas.

Pela nossa definição dos direitos humanos como processos sociais, normativos, econômicos e políticos que abrem ou consolidam espaços de luta pela dignidade humana, entendida como o conjunto de atitudes e aptidões necessárias para poder lutar contra os processos de divisão do trabalho que nos impedem o acesso aos bens materiais e imateriais de um modo igualitário e não-hierarquizado por alguma ideologia abstrata e funcional às desigualdades e desequilíbrios existentes no mundo contemporâneo.

E, a depender de nossa visão social do mundo (ou ideologia), os direitos humanos podem ser definidos de forma funcional ou crítica frente a tais situações de desigualdade, exclusão e exploração. As definições gozarão de um maior ou menor grau de “verdade” dependendo de sua capacidade (ou incapacidade) de reagir as mencionadas causas.

Assim, em sede de conclusão, podemos afirmar, que a teoria crítica e compromissada dos direitos humanos nos auxilia na criação de vias de ações capazes de colocar em marcha processos culturais como prática social, como expressão axiológica, normativa e institucional que, em cada contexto, abram e consolidem espaços de luta por uma vida mais digna. Trata-se da emancipação do *homo sacer* criminal em sua condição de alienado e subordinados aos processos de divisão social típicos do funcionamento do sistema capitalista, da sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E ELETRÔNICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AMIN, Samir. *Os desafios da mundialização*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.

ANDRADE, Lédio Rosa. *Introdução ao Direito Alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. *Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004.

ARRIGHI, Giovanni; HOPKINS, Terence; WALLERSTEIN, Immanuel. *Movimientos antisistémicos*. Tradução de Carlos Prieto del Campo. Madrid: Akal, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2004.

BARROS, Manoel de. *O livro das ignoranças*. São Paulo: Record, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*. Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2007.

_____. *O triplo desafio*. Disponível em: <http://www.mariosantiago.net/Textos%20em%20PDF/Zygmunt%20Bauman%20-%20O%20triplo%20desafio.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2016.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 2004.

_____. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2006.

BENHABIB, Seyla. A crítica da razão instrumental. Em: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BETTO, Frei. *A mosca azul*. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. ¿Cuál globalización? Em: Revista Alternativas Sur. *A la búsqueda de alternativas. ¿Otro mundo es posible?* Volume 1, número 1, ano 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo*. Tradução de Denise Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004.

BRASIL, Lei número 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de jul. de 1984.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARBALLIDO GÁNDARA, Manuel E. *Crítica del pensamiento crítico: apuntes para pensar las luchas*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.26-1.1>. Acesso em 07/08/2016.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e Direito Alternativo*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2009.

COHEN, Stanley. *Visiones de control social*. Tradução de Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988.

CORTELLA, Mario Sergio. *Não espere pelo epitáfio: provocações filosóficas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

CORTINA, Adela. *Crítica y utopía: la escuela de Frankfurt*. Madrid: Cincel, 1985.

DELEUZE, Gilles. *Empirismo y subjetividad*. Barcelona: Gedisa, 1992.

_____. e GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Celia Pinto Costa. São Paulo: Editora 34, 1995.

DUARTE, Rodrigo Antonio de Paiva. *Adorno/Horkheimer & a dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemai. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I: la voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI, 1998.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. São Paulo: LP&M Editores, 2005.

GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008.

_____. *Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana*. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%204/Redhes4-03.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia. E a justiça será*. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GARCIA, Carlos Roberto Diogo. *Saúde e Ministério Público: em busca de uma prática impura dos direitos humanos*. Tesina (Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo). Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Complutense, 2000.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad*. Tradução de Ana Lizón Ramón. Madrid: Alianza Editorial, 2004.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

GUTIÉRREZ, Germán. Globalización y liberación de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELLER, Agnes. *O cotidiano e a história*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. 16 premissas de uma teoría crítica del derecho. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria Crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilha: Aconcagua, 2005.

_____. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

_____. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005.

_____. *O nome do riso: breve tratado sobre a arte e dignidade*. Tradução de Nilo Kaway Junior. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007.

_____. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HORKHEIMER, Max. Teoría tradicional y teoría crítica. Em: HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Tradução de Edgardo Albizu e Carlos Luis. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

<http://culturadocontrole.blogspot.com.br/2010/04/sistema-penal-e-globalizacao.html>.

Acesso em 27/07/2016.

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso: 27/07/2016.

<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=68726&classe=H C>. Acesso em 13/06/2016.

<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=72061&classe=H C>. Acesso em 13/06/2016.

<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=84078&classe=H C>. Acesso em 13/06/2016.

<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=126292&classe=HC, p. 01>. Acesso em 13/06/2016.

http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

Acesso em 26 de julho de 2016.

<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopennesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27/07/2016.

<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>. Acesso: 27/07/2106.

<http://www.ohchr.org>. Acesso em: 16/04/2016.

<http://www.onu-brasil.org.br>. Acesso em: 16/04/2016.

<http://www.pnud.org.br>. Acesso em: 16/04/2016.

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800. Acesso em 13/06/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=43&processo=43>. Acesso em 13/06/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>. Acesso em 13/06/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>. Acesso em 13/06/2016.

https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf. Acesso em: 05 de abril de 2016.

https://campusvirtual.upo.es/webapps/blackboard/content/listContentEditable.jsp?content_id=_1739120_1&course_id=_31538_1. Acesso em 06/08/2016.

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=000971592.2010.8.26.0268&cdProcesso=7GYX8PHF70000&cdForo=268&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5GRUDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=gE66W3I%2FcIF2ghOM%2Fh%2FIO8o7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv6AoWedTNcsognFUendyqRX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoXrzgMldGk5Bk3h5dJKtpDK7DuA1J%2BFqx%2BTQsqiVhbT%2FalcXPqeDWH34F4Ti9AKvFQ%3D%3D>. Acesso em 13/06/2016.

IANNI, Octávio. *Capitalismo, Violência e Terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LÖWY, Michael. *A guerra dos deuses: religião e política na América Latina*. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

_____. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *O pensamento de Che Guevara*. São Paulo: Expressão Popular, 2003.

MARCOS, Subcomandante Insurgente. Convocação da Conferência Intercontinental contra o Neoliberalismo e pela Humanidade. Em: LÖWY, Michael (Org.). *O marxismo na América Latina: uma antologia de 1909 aos dias atuais*. Tradução de Cláudia Schilling e Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global, 2006.

MATOS, Olgária Chain Féres, Introdução. Em: Horkheimer, Max. *Teoria crítica: uma documentação*. Tradução de Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva, 2008.

MÉDICI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Edulp, 2011.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Tradução de Xavier Massimi. Bogotá: Siglo Veintiuno editores, 1980.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal. Parte general*. Tradução de Pedro Dorado Monero. Buenos Aires: BdeF, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

MONEDERO, Juan Carlos. *El gobierno de las palabras. Política para tiempos de confusión*. Madrid: FCE, 2014.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do Político*. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

MUSIL, Robert. *O homem sem qualidades*. Tradução de Lya Luft e Carlos Abbenseth. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NERUDA, Pablo. *Memorial de Isla Negra*. Tradução de José Eduardo Degrazia. Porto Alegre: LP&M, 2007.

NOBRE, Marcos. A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio. Em: NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008.

_____. Modelos de Teoria Crítica. Em: NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008.

PASHUKANIS, Evgeny. *La teoría general del derecho y el marxismo*. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Bierne y Sharlet, 1980.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

PLATÃO. *Crátilo*. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PRADO, Carolina. *Dos concepciones del castigo en torno a Marx*. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004..

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRONER, Carol. Reinventando los derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria Crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

QUINNEY, Richard. *O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*, In: Taylor, Walton, Young (orgs.), Criminologia Crítica, Rio de Janeiro, Graal, 1980.

RAMÓN CAPELLA, Juan. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Trotta, 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABATO, Ernesto. *A resistência*. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SAID, Edward. *Cultura e política*. Tradução de Luiz Bernardo Pericás. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

_____. *El mundo, el texto y el crítico*. Tradução de Ricardo García Pérez. Barcelona: Debate, 2004.

_____. *Humanismo y crítica democrática: la responsabilidad pública de escritores e intelectuales*. Tradução de Ricardo García Pérez. Barcelona: Debate, 2006.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Editorial MAD, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *Palabras de abertura*. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=693>. Acesso em 07/08/2016.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Em: BALDI, César Augusto [coord.]. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004.

_____. *Porque é tão difícil construir uma teoria crítica?* Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Porque_e_tao_dificil_construir_teorica_critica_RCCS54.PD. Acesso em: 05 de abril de 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2006.

SANTOS, Milton. *Espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos*. São Paulo: Edusp, 2004.

_____. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006.

SPINOZA, Baruch. *Ética demonstrada según el orden geométrico*. Tradução de Vidal Peña. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

STEIN, Ernildo. *Crítica da ideologia e racionalidade*. Porto Alegre: Movimento, 1986.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública comprometida com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.

WILLIAMS, Raymond. *A política e as letras*. Tradução de André Glaser. São Paulo: Unesp, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012.

_____. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do Real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. O espectro da ideologia. Em: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

_____. *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*. Tradução de Antonio José Antón Fernández. Buenos Aires: Paidós, 2009.